

和仏法律学校講義録

著者	古賀 廉造
出版者	和佛法律學校
巻	1-26
ページ	1-81
発行年	1903-02-07
URL	http://hdl.handle.net/10114/5276

明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 每月十九圓三日五日六日八日十日十二日
（三日十五日十六日十八日十九日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日發行）

明治三十六年二月七日發行

三十五年度 第一學年ノ二十六

和佛法律學校講義錄

第五拾叁號

和佛法律學校

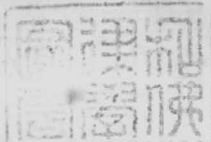


第一學年第二十六號目次

刑法總論(百八十一) 法律學士 古賀廉造

雜報 ○年賦辨濟金ノ時效○講談會

090
1902
1-1-26



ニ刑名ヲ記載スルニ非ザレハ其利ヲ科セスト然ラヘ刑法各本條ニ於テ之ヲ罰
スルノ規定ナクハ刑罰ヲ科スルヲ得ズ即チ規定アリテ罰スルコトヲ得ルハ
如何ナル場合ニ於テ犯罪ノ豫備ヲ罰スルヤ否ヤノ問題ハ以下區別シテ之ヲ
論セン

(一) 犯罪ノ豫備ヲ罰スル場合

刑法ハ人生ノ行爲中ニ於テ國家ノ秩序ヲ亂スニ至リタルトキハ常ニ之ヲ罰ス
ルモノナルカ故ニ若シ豫備ノ行爲其モノニシテ國家ノ危害ヲ爲スニ足ルヘキ
モノアラハ刑法ハ豫備トシテ之ヲ罰スルニ非スシテ或行爲ノ豫備ノ程度カ國
家ヲ害スル行爲ナルカ故ニ特ニ一罪トシテ之ヲ罰スルナリ而シテ此場合ハ刑
法上二箇アリ(一)ハ國事犯罪ノ場合ニシテ刑法第百二十五條ニ於テ規定シ(二)ハ
常行爲犯罪ノ場合ニシテ刑法第百八十六條第二項ニ於テ規定ス此二條ニハ其
豫備ノ語アリ第百二十五條ニ曰ク「兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内
亂ノ豫備ヲ爲シタル者……」ト第百八十六條第二項ニ曰ク「若シ偽造ノ器械ヲ豫
備シテ未タ著手セサル者ハ……」ト即チ二者共ニ犯罪ノ豫備ヲ罰スト規定

シタリトモ、兵隊ヲ招募シ兵器金穀ヲ準備スルノ行為ハ既ニ社會ノ人心ヲ騷擾セシムルニ十分ナル所ノモノナルカ故ニ其行為其モノノミニテ正ニ一犯罪ヲ構成スルニ足リ之ヲ禁セスシテ止ムヘキニ非ス又貨幣偽造ノ器械ハ其目的ノ單一ニシテ貨幣ヲ偽造スルノ一事ヲ除キ他ノ目的ヲ有スルモノニ非ス即チ此器械ハ貨幣ヲ偽造スル爲メニ製作セシモノナレハ貨幣ヲ偽造スルノ外他ニ此器械ヲ用フルノ途ナシ然ラム則チ此器械ハ其性質上犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルモノナレハ何人ト雖モ之ヲ以テ危險ナラスト爲ス者アラサルヘシ故ニ豫備行為ノ性質カ犯罪ヲ以テ唯一ノ目的トスルトキハ其行為自體ニ於テ既ニ國家ノ人心ヲ畏怖セシムルニ足リ刑法ハ之ヲ罰シテ毫モ假借スル所ナシ即チ刑法ハ國家ノ安寧ヲ紊サントスルノ性質アルモノハ悉ク之ヲ撲滅セント欲ス内亂ノ豫備貨幣偽造ノ豫備ハ其ニ危害ノ性質アリテ其成立スルヤ直チニ人心ヲ畏怖セシムルヲ以テ之ニ對シテ十分ニ防衛權ヲ行使スルヘカヲス約言スレバ刑法カ此二者ヲ罰スルハ犯罪ノ豫備ヲ罰スルニ非スシテ豫備行為其モノノ成立既

ニ國家ノ危害タル犯罪ヲ成スモノアルヲ以テナリ此例ハ必スシモ之ヲ内亂ノ豫備ト貨幣偽造罪ノ豫備トニ求ムルヲ要セス他ニモ亦類例ヲ發見スルニ難カラス例ヘハ文書偽造罪印章偽造罪ノ如シ文書印章ノ偽造ハ他人ニ對スル詐欺取財ノ豫備タルヤ疑ヲ容レシ然レトモ刑法ハ之ヲ罰ス然ルニ此等ノ犯罪ニ付テハ豫備ノ明文ナキヲ以テ世人其處刑ヲ輕シマスシテ内亂罪及ヒ貨幣偽造罪ニハ明文上豫備ノ語アルヨリ論者屢之ヲ以テ刑法カ犯罪ノ豫備ヲ罰セサル原則ノ例外ナリト爲ス蓋シ誤見ノ甚シキモノナリ

犯罪ノ豫備トシテ之ヲ罰スルモノナリト云フモ又ハ特別ノ一犯罪ヲ構成スルモノト爲スモ之ヲ罰スルニ於テ何等ノ差異ナキニ非サヤトノ疑問ヲ生セン犯罪ノ豫備ヲ罰スルト特別ノ一犯罪ヲ罰スルトハ其結果ニ於テ大ニ異ナルモノアリ若シ豫備ノ行為ヲ罰スルモノト爲ストキハ未遂犯罪ヲ構成スルコトナシ之ニ反シテ一罪ヲ罰スルモノト爲セハ豫備アリ未遂犯アリ此故ニ第二百二十五條ノ兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタル者ニ付アルヲ特別ノ一罪ナリトスレハ兵隊ヲ招募シタルカ一犯罪兵器金穀ヲ準備シ

タルカ一犯罪内亂ノ豫備ヲ爲シタルカ一犯罪ナルカ故ニ内亂ノ豫備ヲ爲シテシテ其犯罪事實ノ一部又ハ全部ヲ行ヒ犯人意外ノ錯誤ニ因リテ内亂ノ豫備ヲ遂クルコト能ハサル場合ハ重罪ナルカ故ニ法律ノ特別規定ナクモ未遂犯ヲ構成ス此他内亂ヲ爲メニ兵隊ヲ招募スル者中途ニシテ意外ノ錯誤ニ因リ兵隊ヲ招募スル能ハサル場合又ハ兵器金穀ヲ準備セントシテ意外ノ錯誤ニ遇ヒ其目的ヲ達セザリシ場合モ亦同シク未遂犯ヲ以テ罰スヘキモノニシテ此ノ如ク區別アルカ故ニ二者決シテ混同スルコトヲ得サルナリ

以上ノ如ク刑法ハ豫備ノ行爲ト雖モ一犯罪トシテ罰スルモノナレトモ此一犯罪ハ内亂罪ニ對シテ見ルトキハ内亂罪ノ豫備ニ外ナラス恰モ文書ノ偽造ハ詐欺取財ヲ犯スノ手段タルニ等シト云フニ同シキナリ

(二) 犯罪ノ豫備ヲ罰セサル場合

犯罪ノ豫備ヲ罰セサル場合ハ犯罪ノ豫備ハ國家ニ於テ危險ナル行爲ト爲スニ足ラサルカ故ナリ國家ニ於テ危險ナリト爲ス所ノ行爲ハ行爲其モノノ性質國家ノ危害ト爲ルニ足ルヘキモノナラサルヘカラス行爲其モノノ性質ハ國家ニ

對シテ何等ノ危害ヲモ生スルモノニ非スシテ唯後日危害ノ媒介ヲ爲スヘシトノ豫想ヲ以テ之ヲ罰スルニ至リテハ是レ恰モ人民ノ或部分ハ後來罪ヲ犯スルノナリト豫想シテ之ヲ罰スルト少シモ異ナル所ナシ此ノ如キハ決シテ防衛權ノ趣旨ニ適フモノニ非ス犯罪ノ豫備其モノハ多ク場合ニ於テ國家ノ生存上必要ナル行爲ニ屬ス人民ハ此行爲ヲ爲シテ以テ却テ生活ノ必要ヲ充テスコト多シ例ヘハ刀劍商ノ如シ又銃砲彈藥商ノ如シ刀劍商刀劍ヲ賣買スルハ即チ刀劍商ノ生活ニ必要ナルカ爲メニ之ヲ爲スナリ刀劍ノ賣買ニ因リテ得タル利益ヲ以テ其生活ニ供セントスルナリ銃砲彈藥商亦然リ此故ニ法律ハ公ニ刀劍ノ賣買ヲモ之ヲ爲スコトヲ許シ又銃砲彈藥ノ賣買ヲモ之ヲ禁スルコトナシ然ルニ今罪ヲ犯サントスル者アリテ刀劍商ニ就テ刀劍ヲ買ヒ又ハ銃砲彈藥商ニ就テ銃砲彈藥ヲ買フ刀劍商銃砲彈藥商モ亦其刀劍銃砲彈藥ヲ販賣スルコト本來ノ目的ナルヲ以テ何人來リテ之ヲ買フモ之ヲ賣ラサルヲ得ス故ニ殺人ノ目的ヲ以テ刀劍又ハ銃砲彈藥ヲ來リ買フ者アルモ亦之ヲ賣ルノ權利アリテ何人モ之ヲ禁スルコトヲ得ス若シ此刀劍又ハ此銃砲彈藥ヲ以テ後日人ヲ殺スノ用ニ

供セントスル者ナリトセハ此刀劍銃砲彈藥ハ實ニ危險ナル物品ナリト謂ハ
ナルヲ得ス初ヨリ刀劍商銃砲彈藥商カ之ヲ賣ルコト欲リセハ此犯人ハ刀劍モ
銃砲彈藥モ我有ト爲スコト能ハサリシナリ隨テ殺害行爲ヲモ之ヲ行フ能ハサリ
シナラント推測スルコトヲ得ヘシ故ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ刀劍銃砲彈
藥ノ賣買ハ國家ニ於テ恰モ危險ノ行爲ナルカ如クナリト雖モ人カ刀劍ヲ買ヒ
銃砲彈藥ヲ買フハ必スシモ罪ヲ犯サントノ趣旨ニシテ出ツルニ非ス刀劍ハ之
ヲ愛玩センカ爲メニ買フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲サシカ爲メニ買フコトア
リ銃砲彈藥亦然リ銃砲ノ用ニ供センカ爲メニ買フコトアリ又ハ護身ノ具ト爲
サシカ爲メニ買フコトアリ若シ夫レ刀劍銃砲彈藥ヲ買フノ目的カ護身又ハ玩弄
ノ用ニ供スルニ在リトセハ刀劍ノ賣買銃砲彈藥ノ賣買ハ毫モ國家ノ爲メ危險
ノ行爲ナリト謂フヘキモノニ非ス均シク是レ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ナリ之ヲ買
フ者ノ目的如何ヲ追究セスシテ單ニ此刀劍銃砲彈藥ノ賣買ノミヲ觀察セハ此
賣買ハ果シテ國家ニ危險ナル行爲ナリト云フヲ得ルヤ若シ性質上國家ノ危險
ヲ爲スモノナリト云ハハ殺人罪ノ爲メニ買フモ危險ナリ又護身ノ爲メニ買フ

モ亦危險ナリト謂ハサルヘカラス然レトモ刀劍銃砲彈藥ノ賣買ハ其モメテ性
質ニ付テ之ヲ觀察スレハ毫モ此危險ナキヲミナラズ國家ノ營業ニ屬スルモノ
ニシテ人ノ生活ノ助ヲ爲ス行爲ナリ此他火又ハ水ノ人生ニ必要ナルカ如シ吾
人カ火ヲ焚クハ食物ヲ煮シカ爲メ或ハ暖氣ヲ生セシメシカ爲メナリ食物ヲ煮
テ生活ニ供シ暖氣ヲ生セシメテ寒冷ヲ防ク水モ亦同シ吾人ノ飲用ニ供シ或ハ
田地ニ用ヒテ米作ヲ爲ス此故ニ法律ハ火ヲ焚キ水ヲ用フルコトヲ禁セス然ル
ニ今罪ヲ犯サントスル者アリテ此火ヲ放チテ人ノ家屋ヲ燒毀シ又ハ堤防ヲ決
潰シ水閘ヲ毀壞シテ家屋ヲ漂流シ田圃礦坑牧場等ヲ荒廢シタルニ因リテ國家
ハ害ヲ被ルナリ然レトモ火水其モノヲ使用スルハ毫モ斯ル危險ナキノミナラ
ス吾人生活上必要缺クヘカラサルモノナリ凡ソ犯罪ノ豫備行爲ハ此ノ如ク行
爲其モノノ性質ハ寧ロ國家ノ必要上爲ササルヘカラサルモノニシテ毫モ國家
ノ爲メニ危險ヲ生スル性質ヲ有セサルカ故ニ國家ハ此行爲ニ因リテ其生存ヲ
害セラルルコトナシ隨テ刑罰ヲ以テ之ニ臨ムコトヲ得サルヤ明クシ刑罰權ハ
國家生存權ノ害セラレサル以前ニ之ヲ行フヘキモノニ非ス是レ犯罪ノ豫備ヲ

第三、犯罪ノ實行ニ關シテ誤認ノ點ハ、
犯罪ノ豫備全ク備ハリ犯人因テ以テ其目的トズル犯罪行爲ヲ行フニ至リタルトキ、
玆ニ犯罪ノ實行アリト謂フ其犯罪ヲ實行シテ何等ノ錯誤ナク刑法各本條ニ要求スル所ノ犯罪構成ノ全部ヲ行ヒ終リタルトキハ、
則チ既遂犯アリト謂ヒ犯人意外ノ錯誤ニ因リ其達セント欲スル所ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ、
則チ未遂犯アリト謂フ。
犯罪ノ既遂ニ付テハ第一百十二條ニ於テ罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂クサルトキハ……トアリテ此未タ遂クサルトハ二義アリテ必スシモ犯人ノ目的ヲ達シ終ラサルヘカサルモノニ非ス換言スレハ犯人ノ目的ヲ達シ終リタルニ非サレハ既遂犯ヲ構成スルコトナシト謂フヲ得ス例ヘハ殺人罪ニ付テハ人ヲ殺シ終ラサレハ殺人罪ノ既遂ヲ構成セス又竊盜罪ニ付テハ他人ノ所有物ヲ奪取スルニ非サレハ竊盜罪ノ既遂アリト謂フヲ得ス然レトモ他ノ犯罪ニ於テハ犯人ノ目的ヲ達シ終ラサルヲ

合ニ於テモ既遂犯ヲ構成スルコトアリ例ヘハ第百二十五條ノ如キハ内亂罪ノ目的ヲ達セサルモ兵隊ヲ招募シ又ハ兵器金穀ヲ準備シ其他内亂ノ豫備ヲ爲シタルノミヲ以テ一ノ既遂犯トシテ之ヲ罰ス又第百八十六條ノ如キ犯人ノ目的ハ貨幣ヲ偽造變造シ行使シ因テ不正ノ目的ヲ達セント欲スルニ在リ然ルモ「偽造」ノ器械ヲ豫備シテ未タ著手セサル者ハ……トアリテ犯人ハ「未タ其目的ヲ達セサル」モノナレトモ一ノ既遂犯タルヲ免レス故ニ第百十二條ノ未タ遂ケザル云云トアルハ犯人ノ目的ヲ達セサル場合ノミナリト解スルハ大ニ誤レリト謂ハサルヘカラス

一言ニシテ既遂犯ト未遂犯ト區別ヲ言ヘハ既遂犯トハ犯罪構成條件ヲ悉ク充タシタル場合ヲ謂ヘ未遂犯トハ犯罪構成條件ヲ十分ニ充タササル場合ヲ謂フ而シテ如何ナル場合ニ於テ既遂犯ヲ構成シ如何ナル場合ニ於テ未遂犯ヲ構成スルモノナルヤニ付テハ刑法各本條ニ規定スル所ノ犯罪ヲ構成條件ヲ區別シテ各犯罪ニ付キ之ヲ定ムルノ外ナシ

未遂犯ト本色ハ犯人其犯罪ヲ遂ケサルノ原因ハ犯人ノ意外ノ錯誤ニ在リ罪ヲ

犯シテ之ヲ遂ケサル場合數多ナリト雖モ犯人ノ意外ノ錯誤ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ達スルヲ得ザリシ場合ニ非サレハ未遂犯アリト謂フヲ得ス現行刑法第百十二條ニ所謂障礙トハ犯人カ其目的トスル犯罪行為ヲ實行スルニ當リ之カ效果ヲ收ムルニ十分ナル方法ヲ盡シタル場合ニ於テ突然來リテ犯人ノ目的ヲ妨害スル所ノ原因ヲ謂ヒ舛錯トハ犯人ニ於テ其目的トスル犯罪行為ヲ行フニ當リ之カ效果ヲ收ムルニ十分ナル方法ヲ盡サスシテ自ラ誤テ其目的ヲ妨害シタル原因ヲ謂フ之ヲ約言スレハ障礙ハ犯人ノ責ニ歸スヘカラサル外來ノ原因ニシテ舛錯ハ犯人ノ責ニ歸スヘキ自招ノ原因ヲ謂フ故ニ障礙ト舛錯トハ其由リテ來ル所ノ根源ニ於テハ大ニ異ナル所アリト雖モ犯人ノ目的ヲ妨害スルニ至リタル所二者全ク相同シ之ヲ要スルニ二者ノ區別ハ文字論ニ過キスシテ學問上ノ道理ニ基キタルモノニ非ス故ニ障礙舛錯トアルハ「犯人意外ノ錯誤ニ因リテ」ト解スルヲ正鵠ヲ得タルモノト信ス

又前記第八十條ニ「犯罪ノ成立ニ必要ナル行為ヲ行フト雖モトハ如何ナル意義ナリヤニ在リ學說上二派アリト雖モ」事ヲ行フト云ヘル者ニハ其程度ニ於テ全部

ヲ行ヒシ場合ト一部ヲ行ヒシ場合トヲ包含スルモノト解釋スヘキナリ(二)事ノ一部トハ犯人僅ニ其犯罪行為ノ一部ヲ行ヒ始メ將ニ進ミテ全部ニ及ハントスルノ途中意外ノ錯誤ニ遭遇シテ犯罪ノ實行ヲ妨ケラレ其期望セシ直接ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合之ヲ名ケテ著手未遂犯ト謂ヒ(三)事ノ全部トハ犯人其犯サント欲スル犯罪構成ニ必要ナル全部ノ手段ヲ行ヒ了リタルモ偶意外ノ錯誤アリテ其得ント欲セシ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合之ヲ名ケテ缺効犯ト謂フ此二者ハ佛國刑法ニ於テハ明文ヲ以テ犯罪ノ一部ヲ行ヒタル場合又ハ全部ヲ行ヒテ遂ケサル場合ヲ區別シテ規定スルカ故ニ二者ノ區別ニ付キ何等ノ論ナシト雖モ我刑法ニ於テハ「事ヲ行フト」云フ法文ノ解釋上一部ノ場合ト全部ノ場合アリト云フニ過キス此ノ如ク解釋上ノ區別ナルカ故ニ或學者「事ヲ行フト」ハ獨リ犯罪著手ノ場合ノミヲ謂フモノナリト曰ヘリ二說何レヲ採ルモ可ナリ而シテ予ハ所謂「事ヲ行フト」ハ犯罪行為ヲ實行スルノ謂ニシテ其一部ヲ行ヒ始メタル場合ト其全部ヲ行ヒ了リタル場合トヲ併稱スルモノト解スルカ故ニ講義ノ順序モ亦之ニ依ルモノナリ

第一項 著手未遂犯

著手未遂犯トハ如何ナル場合ヲ指示シタル名稱ナルカ人ト犯罪トアリテ其人
カ其犯罪ニ對シ如何ナル所爲ヲ爲サハ茲ニ犯罪ノ著手アリト謂フコトヲ得ル
カ此問題ヲ研究スルニ付テハ先ツ犯罪ノ著手ヲ知ラサルヘカラス抑モ犯罪ノ
著手トハ如何ナル場合ヲ謂フカ犯罪ノ著手トハ犯人犯罪ノ豫備ヲ終リタル後
犯罪事實ノ一部ヲ行ヒ始メタル場合ヲ謂フ之ヲ換言スレハ刑法ニ於テ明カニ
禁制命令シタル行爲ノ一部ニ違反スルノ所爲之ヲ名ケテ犯罪ノ著手ナリト謂
フ故ニ犯罪ノ著手ヲ知ラント欲セハ先ツ犯罪ノ構成條件ヲ知ラサルヘカラス
犯罪ノ構成條件ヲ知ルニハ先ツ各犯罪ノ解剖ヲ爲ササルヘカラス各犯罪ノ解
剖ヲ爲スニハ刑法ノ各本條ニ規定スル所ノモノニ付キ一之ヲ分解セサルヘ
カラス然ルニ各本條ニ規定スル犯罪ハ常ニ其構成條件ヲ同シウスルモノニ非
ス甲犯罪ノ構成條件ハ丙犯罪ノ構成條件ニ同シカラス丙犯罪ノ構成條件ハ丁
犯罪ノ構成條件ト異ナル故ニ總テノ犯罪ニ共通スル所ノ構成條件ヲ掲タルコ

トハ到底能クスヘキノ事業ニ非ナルナリ然レトモ各本條中二三ノ例ヲ掲ケ犯
罪構成條件ノ一斑ヲ示ストキハ以テ他ノ犯罪ノ構成條件ヲ推知スルコトヲ得
ヘシ是ヨリ構成條件ノ如何ナルモノナルヤヲ解剖シ而シテ如何ナル程度ニ於
テ犯罪ノ著手アリタルモノナルコトヲ論ゼン

蓋シ犯罪ノ著手ヲ論スル者各々其見解ヲ異ニシ犯罪ノ構成條件ノ全部ニ著手
スルヲ要スト爲ス者アリ或ハ犯罪ノ構成條件ノ一部ニ著手スレハ可ナリト爲
ス者アリ予ハ第二說ニ贊成スル者ナリ然レトモ論者ハ二說其孰レタルヲ問ハ
ス未タ曾テ犯罪構成條件ノ何モノタルコトヲ示シタル者アルヲ聞カス是ニ於
テカ條件ノ全部ト謂ヒ一部ト云フモ其果シテ如何ナル事實ヲ指シヤ不明ナリ
構成條件其モノモ亦如何ナル事實ヲ指シヤ明カナラサルナリ抑モ構成條件ト
ハ如何ナルモノヲ云フカ是レ固ヨリ各犯罪ニ付テ同一ナラザルヲ以テ一概ニ
論スヘカラスト雖モ予ハ試ニ一二ノ犯罪ヲ取り以テ其構成條件ノ如何ヲ解剖
セント欲スルナリ即チ左ノ如シ

第一 犯罪ノ成立ニ關スル條件

(一) 犯罪ノ事實ニ關スルモノ

(二) 犯人ノ身分ニ關スルモノ

第二 法律ニ禁制スルモノ及ヒ然ラサルモノ
以上ノ解剖ニ基キ犯罪ノ著手ヲ定義スレハ左ノ如シ
犯罪ノ著手トハ犯罪ノ成立條件ニシテ犯人ノ身分ニ屬セス且法律ノ禁制スル條件ニ著手スル場合ヲ謂フ

第一 犯罪ノ成立ニ關スル條件 此條件ヲ分チテ二ト爲ス(一)ヲ犯罪ノ事實ニ關スルモノ(二)ヲ犯人ノ身分ニ關スルモノトス

(一) 犯罪ノ成立ニ關スル事實上ノ條件トハ犯罪ノ成立上必要缺クヘカラサル條件ニシテ其一ヲ廢スレハ則チ如何ナル犯罪ヲモ構成スルコト能ハサルモノヲ謂フ例ヘハ文書偽造罪ノ如シ本罪ノ成立要件ハ二アリ(一)ハ偽造ノ事實アルコト(二)ハ行使スル事實アルヲ要ス故ニ此犯罪ハ偽造ノ所爲ト行使ノ行爲トヲ併合シテ同一犯人ニ於テ之ヲ犯シタルトキニ非サレハ完全ニ成立スル所ノモノニ非ス現行刑法第二百三條ニ曰ク官ノ文書ヲ偽造シテ行使シタ

ル者ハ云云ト同第二百九條ニ曰ク爲替手形ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云云ト同第二百十條ニ曰ク賣買ニ關スル證書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ云云ト刑法ノ意義蓋シ行使ノ目的ナキ偽造ハ偽造罪ノ偽造ニ非スト爲シタルナリ故ニ今甲者行使ノ目的ナクシテ偽造シタル文書ヲ有スルニ乙者之ヲ其偽造文書タルヲ知リナカラ之ヲ取リテ行使シ他人ノ財物ヲ騙取シタリトセンニ是レ唯單純ノ詐欺罪タルヲ以テ此場合ニ於ケル偽造ノ文書ハ詐欺罪ノ豫備タルニ過キス即チ偽造ノ所爲ニ付テハ行使ノ條件ヲ缺如スルカ故ニ偽造罪ヲ構成スル能ハス又行使ノ所爲ニ付テハ偽造ノ條件ヲ備ヘサルカ故ニ行使罪ヲ成ササルナリ判決例ニ於テハ偽造ノ事實ナキモ行使ノ事實アリタルトキハ尙ホ偽造罪アリト爲セリ又例ヘハ詐欺取財罪ノ如シ此犯罪モ亦二箇ノ條件ヲ以テ成立ス(一)不正ニ財物又ハ證書類ヲ奪取スルノ手段トシテ人ヲ欺罔シタルコト(二)財物又ハ證書類ヲ奪取シタルコト即チ是ナリ故ニ今單ニ財物又ハ證書類ヲ奪取スルモ詐欺ノ手段ヲ行ハサルトキハ是レ第一條件ヲ缺クヲ以テ本罪ヲ構成セス然レトモ刑法第三百九十條ヲ見ルニ人ヲ欺罔シ又

ハ恐喝シテ財物若クハ證書類ヲ騙取シタル者ハ詐欺取財ノ罪ト爲シ……ト
 アリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ詐欺取財罪ニハ詐欺ノ事實アルコト及ビ取財ノ
 事實ノ二要件ヲ要シ此二要件ハ共ニ刑法ノ禁スル所ノモノナレハ最初ニ詐
 欺ノ手段ヲ施シタルトキハ詐欺取財ノ著手アリト謂フコトヲ得ヘシ文書偽
 造罪ノ規定ニ於テモ亦文書ヲ偽造シテ行使シタル者ハ……トアリ偽造シテ
 ノ語ハ之ヲ改メ書スルトキハ文書ヲ偽造シ且行使シタル者ノ意義タルヘク
 即チ偽造ト行使ノ二者ヲ聯絡セシメタル語ナリ故ニ刑法ハ偽造且行使ヲ禁
 スルモノニシテ同一ノ人ニ偽造シ行使スルコトヲ禁シタルモノナリ然ラハ
 則チ文書偽造罪ニハ偽造ト行使トノ二要件ヲ要シ此二要件ハ共ニ刑法ノ禁
 スル所ノモノナレハ若シ一人ニシテ偽造ノ所爲ノミヲ行ヘハ是レ則チ法律
 ノ禁シタル所ノモノヲ行ヒシモノナルヲ以テ直チニ犯罪ノ著手アリト謂フ
 コトヲ得即チ文書ヲ偽造行使スルノ意思ヲ以テ偽造ノミヲ爲シ又ハ詐欺取
 財ノ意思ヲ以テ詐欺ノ手段ヲ行ヒ而シテ意外ノ錯誤ニ因リ行使又ハ取財ノ
 目的ヲ達スルコト能ハザルトキハ文書偽造罪若クハ詐欺取財罪ノ著手未遂

罪ヲ構成スルモノニシテ其偽造ノ事實ヲ罰スルモノナルコトハ各條文上疑
 ナキ所ナリ然ラハ文書偽造罪ニ於ケル偽造ノミハ之ヲ罰スルモノニ非スト
 爲ス說ノ如キハ誤解ニ陷リタルモノト謂ハサルヘカラス予ハ未遂犯ヲ構成
 スルモノト信スル者ナリ例ヘハ第三百六十八條門戸牆壁ヲ踰越損壞シテ竊
 盜ヲ行ヒタル場合ノ如シ本條ハ門戸牆壁ヲ踰越損壞シテ竊盜ヲ爲ス場合ヲ
 規定セシモノナレハ踰越損壞ノ事實ハ本條ノ竊盜罪ヲ構成スル必要ノ條件
 ナリ故ニ門戸牆壁ヲ踰越損壞スルノ事實ナキトキハ第三百六十六條ノ竊盜
 罪ヲ構成スヘキモ本條ノ罪ヲ構成スルモノニ非サルナリ人若シ門戸牆壁ヲ
 踰越損壞スルノ方法ヲ用ヒ又ハ鎖鑰ヲ開クノ方法ヲ用フルトキハ刑法ノ禁
 スル所ヲ行ヒタルヲ以テ本條ノ竊盜罪ノ一條件ヲ行ヒタルモノト謂フヘシ
 又暴行脅迫ノ手段ヲ以テ人ノ所有物ヲ奪取セントスルトキノ如キモ亦同シ
 ク其暴行脅迫ノ事實ハ竊盜罪ノ一條件ヲ行ヒタルト謂フヘキナリ
 (二) 犯罪ノ成立ニ關スル身分上ノ條件トハ犯人ノ身分犯罪成立ノ要素ヲ成シ
 テ若シ之ヲ缺クトキハ到底一犯罪ヲ構成スヘカラサル所ノモノヲ謂フ例ヘ

ハ官吏收賄罪ノ如シ其成立條件ヲ分析スレハ第一、官吏ノ身分ヲ有スルコトヲ要シ第二、職務ノ執行ニ關スルコトヲ要シ第三、賄賂ヲ收受スルコトヲ要ス此三條件ヲ具備シテ而シテ始メテ收賄罪成立ス收賄罪ハ官吏其職務ヲ汚辱スルノ犯罪ナルカ故ニ官吏ニ非サル者ハ如何ナル賄賂ヲ收取スルモ本罪ヲ構成スルモノニ非ス(議院法ノ規定ハ此限ニ在ラス然ラハ則チ收賄罪ハ官吏ノ身分ナクハ成立セザル所ノモノナルヲ以テ官吏ノ身分ハ犯罪ノ成立ニ必要缺クヘカラサルノ條件ナリ然レトモ此身分ヲ有スルコトハ法律ノ禁制セザル所ノモノナルカ故ニ予カ官吏ノ身分ヲ有スルノ事實アルモ未ダ收賄罪ノ著手ヲ爲シタルモノナリト謂フヲ得ヌ又例ヘハ子孫カ其父母祖父母ニ對シテ奉養ヲ缺クトキハ奉養ヲ缺クノ罪アリ奉養ヲ缺クノ罪ヲ分析スレハ第一、奉養ヲ爲ス者ハ子孫ナルヲ要シ第二、奉養ヲ受クル者ハ父母祖父母ナルヲ要シ第三、奉養ヲ缺クノ事實アルヲ要ス此三條件ハ子孫カ其父母祖父母ニ對スル奉養ヲ缺ク罪ノ成立上必要缺クヘカラサルモノニシテ其一ナクハ則チ犯罪成立セス故ニ兄ニ對シテ奉養ヲ缺クモ犯罪成立セス隣家ノ父老ニ

對シテ奉養ヲ缺クモ罰セラルルコトナシ然レトモ子孫ノ身分ハ是レ亦法律ノ禁制スル所ニ非サルカ故ニ此身分ヲ有スルモ未ダ犯罪ノ著手アリト斷言スルコトヲ得ス

第二 法律

犯罪ノ成立ニ於テ禁制スルモノ及ヒ然ラサルモノヲ禁スル其意趣如何ニ而シテ其事實ノ一ヲ行フトキハ則チ犯罪ノ實行ニ著手シタリト謂フコトヲ得例

ヘハ文書偽造罪ニ於テ偽造ノ事實ト行使ノ事實ハ犯罪ノ成立上事實ニ屬スル必要條件ニシテ而シテ二者共ニ法律ノ禁スル所ノモノナルカ故ニ犯人此罪ヲ犯サントシテ偽造ノ一事實ヲ行ヘハ則チ茲ニ犯罪ノ著手アリト謂フヘシ又例ヘハ詐欺取財ニ於テ他人ヲ欺罔スルノ事實ト其財物ヲ取ルノ事實ハ詐欺取財ヲ構成スルニ必要ナル事實上ノ要件ナリ而シテ二者共ニ法律ノ禁スル所ノモノナルカ故ニ其一ヲ行ヒタル犯人ハ則チ犯罪ニ著手シタリト謂フコトヲ得ヘシ然レトモ犯罪ノ成立ニ關スル事實上ノ條件ハ尙ホ身分上ノ條件ニ於ケルカ如ク法律ノ禁制以外ニ在ル者モ亦特ニ多キカ故ニ此二例ヲ

推シテ總テノ犯罪ノ標準ト爲スヘカラサルモノアリニシテ、
 (二) 犯罪ノ成立ニ關スル身分上ノ條件ハ法律ノ禁ズル所ニ非ス否人ノ身分ハ
 自然又ハ法律ニ因リテ之ヲ得ルモノナレバ之ヲ有スルハ事實ハ犯罪ノ成立
 ニ必要缺クヘカラサルノ要素ヲ成スト雖モ未タ曾テ犯罪ノ一部ヲ行ヒタル
 者ナリト謂フヘカラス、
 以上犯罪ノ構成條件ニ關スル分析僅ニ犯罪ノ著手ト爲ルヘキ一斑ノ場合ヲ知
 ルニ足ルヘシト雖モ未タ以テ全般ノ場合ヲ知ルノ標準ト爲スニ足ラサルナリ
 即チ總ニ構成條件ヲ分析シ得ル限リ之ヲ分析セシニ過キス決シテ總テノ場合
 ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ得ベシト謂フニ非ス之ヲ要スルニ犯罪ノ著手ト爲
 ルヘキ事實ヲ知ルニ付テハ一定ノ標準ナキカ故ニ宜シク各犯罪ニ付キ其如何
 ナル犯罪ヲ行ハントスルノ意思ヲ有セシヤ否ヤヲ研究シ其意思判明シテ而シ
 テ後其行フ所ノ所爲ハ果シテ刑法ノ禁スル構成條件ニ係ルモノナルヤ否ヤヲ
 詳ニスヘシ蓋シ同一ノ所爲ニシテ而シテ或ハ犯罪ノ著手ト爲ルヘキモノアリ
 或ハ犯罪ノ著手ト爲ルヘカラサルモノアリテ所爲其モノニ付テ直チニ判斷ヲ

下スヘカラサルモノアレハナリ例ヘバ竊盜ノ意思ヲ以テ門戶、牆壁ヲ踰越損壞
 スレハ竊盜罪ノ著手ト爲スニ足ルヘキモ殺人ノ意思ヲ以テ同一ノ所爲ヲ爲ス
 モ未タ殺人罪ノ著手アリト謂フヘカラサルカ如シ

今ヤ犯罪著手ノ如何ヲ知レリ其犯罪ノ豫備ト之ヲ區別スルノ標準ニ至リテハ
 理論上之ヲ知ルコト決シテ難キニ非サルナリ即チ犯罪ノ意思ヲ實行スルニ必
 要ナル行爲ヲ爲シテ而シテ未タ法律ノ禁制スル所ノ條件ニ入ラサレハ則チ其
 行爲ハ尙ホ犯罪ノ豫備中ニ在リト爲シ若シ法律ノ禁制スル所ノ條件ニ係ルト
 キハ則チ既ニ犯罪ノ著手アリト謂フヘキナリ

第二項 缺効未遂犯

缺効未遂犯ニ付テハ深ク論スルノ必要ナシ之ヲ略説スレハ犯人其犯ザント欲
 スル犯罪ノ構成ニ必要ナル全部ノ行爲ヲ行ヒテリテ而シテ意外ノ錯誤ノ爲メ
 ニ其遂ケント欲セシ直接ノ效果ヲ收ムルニト能ハサル場合之ヲ名ケテ缺効未
 遂犯ト謂フ是レ亦刑法明文上ノ用語ニ非シテ全ク解釋上ノ名稱ニ過キサル

ナリ此定義ニ據レハ缺効未遂犯ハ之ヲ犯罪ノ事實ヨリ觀察スレハ犯人ハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル總テノ條件ヲ行ヒ盡シタルヲ以テ當ニ完全ニ成立シタル既遂犯ナリト謂フヘシト雖モ更ニ犯人ノ目的ヨリ觀察スレハ犯罪ハ此犯罪ニ付キ其期望セシ直接ノ目的ヲ達スルコト能ハサルヲ以テ犯罪ノ一部ニ於テ多少缺損スル所アルヲ免レス是ニ於テカ未遂犯ノ名稱アリ例ヘハ毒藥ヲ使用シテ謀殺ヲ爲サント欲スル者アリ其毒藥ヲ服用セシメントスルニ際シテ之ヲ顛覆スルカ如キハ所謂著手未遂犯ナリ被害者一旦之ヲ服用スルモ後忽チ其毒藥タルコトヲ覺リテ消毒劑ヲ用ヒタル爲メニ僅ニ死ヲ免レタルトキハ茲ニ所謂缺効既遂犯アリト謂フ若シ毒藥ヲ服用シテ其儘死ニ至リタルトキハ則チ既遂犯ニシテ犯人ノ目的ヲ達シタルモノナリ

第三項 不能犯

不能犯モ亦解釋上ノ名稱ニ外ナラス其缺効犯ノ外形ヲ有シ而シテ内容未遂犯ニ至ラサルモノ即チ未遂犯ニ似テ刑罰ノ制裁ヲ受ケザル所ハモノヲ謂フ不能

犯ハ此ノ如ク缺効犯ニ相類似スルモノナルカ故ニ不能犯ヲ説明スルニハ勢ヒ缺効犯ニ比較シ而シテ未遂犯ト爲ラサルコトヲ述フルヲ以テ順序トス未遂犯ニ付テハ業ニ既ニ講述セシ如ク犯人罪ヲ犯サントシテ既ニ其犯罪事實ノ一部若クハ全部ヲ行フト雖モ犯人意外ノ錯誤ニ因リテ之ヲ達タルコト能ハナリシ場合ヲ謂フ未遂犯ニ於テハ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサル原因ヲ以テ犯人意外ノ錯誤ニ在ルコトヲ必要トス然ルニ不能犯モ亦犯人犯罪ニ必要ナル事ヲ行ヒ意外ノ錯誤ニ因リテ目的ヲ達ケザリシ場合ヲ謂フ是ニ於テカ其所謂錯誤ハ如何ナル程度ニ於テ未遂犯ノ原因ト爲リ又如何ナル程度ニ於テ不能犯ト爲ルヤ錯誤ノ成立ニ付テ二者ノ區別ヲ生ス予ノ信スル所ヲ以テスレハ其錯誤ハ犯罪ノ客體ノ上ニ存在シ犯人ハ其客體ノ生存スルモノナリト信シテ事ヲ行ヒタルニ現實其客體ハ生存セザルトキニ於テ不能犯アリト爲ス即チ犯罪客體ノ生存ニ關スル錯誤アリタルトキハ不能犯アリト謂フ犯罪ノ客體ニ付テノ錯誤アリタルトキハ到底犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハザルモノナリ然ルニ犯罪ノ客體ヲ誤認シタルニ因リテ其錯誤ヲ生シタルトキハ未遂犯ト相類似スル

カ故ニ不能犯ニ付テハ一問題ヲ惹起スルニ至ルナリ予ノ信スル所ヲ以テスレハ犯罪ノ客體ノ生存上ニ存スル錯誤ヲ以テ不能犯ト爲シ其他ノ錯誤ハ悉ク未遂犯ヲ成スモノナリトスルハ不適當ナリ蓋シテ客體ノ生存上ニ存スル錯誤ニ因リテ犯罪事實ヲ行ハントシタル場合ヲ謂フモノナリトス夫レ總テノ犯罪ニハ主體ト客體トノ二者ナカルムカラス犯罪ヲ行フモノ之ヲ名ケテ主體ト謂ヒ犯罪ノ害ヲ受タルモノ之ヲ名ケテ犯罪ヲ客體ト謂フ犯罪ヲ行フモノハ犯人ナリト雖モ唯犯人ノミヲ以テ獨リ犯罪ヲ構成スヘキ場合ハ絶無ナリ必ズ犯罪ノ目的ト爲ルヘキモノ所謂犯罪ノ客體アルヲ要ス犯罪ヲ行フノ主體アリ又犯罪ノ目的タル客體アリテ然ル後始メテ犯罪ヲ構成スルニ至ルナリ元來刑法ノ目的ハ人ノ生存權ヲ保護セント欲スルニ在リ故ニ苟モ此世ニ在リテ人類タルノ一條件ヲ具備スル者ハ其種類如何ヲ問ハス悉ク刑法ノ保護ニ顧ルヲ得是レ刑法ノ原則ナリ此原則ハ單一一身ノ形體ヲ具ヘテ既ニ此世ニ現出セシ者ノミニ適用スルニ非ズ後來入ト爲ルヘ

キ原質ヲ具ヘテ而シテ尙ホ未タ母ノ胎内ヲ脱セサル者ニテ亦之ヲ適用ス此ノ如ク刑法ノ保護ヲ受クヘキモノハ犯罪ノ客體ナルカ故ニ犯罪ノ客體ハ犯罪ノ構成上必要缺クヘカラサルノ要素ナリ若シ此要素ニシテ存在セザラシカ其犯罪ナキヤ論ヲ埃ダサルナリ試ニ日本國ハ無人島ニシテ而シテ予一人此島ニ生存スルモノト假定セヨ予ハ如何ナル行爲ヲ爲スモ他人ノ生存權ヲ害スル能ハサルモノナルカ故ニ如何ナル犯罪ヲモ構成スルコトナシ然ルニ或場合ニ於テ犯罪ノ客體ハ生存スルモノナリトシテ罪ヲ行ハントスルコトアリ犯罪ノ主體タル犯人ニ於テハ其對手ノ客體ハ確ニ生存スルモノナリト信シタルニ其實生存ナカリシトキハ如キハ恰モ無人島ニ於テ罪ヲ犯サントスルニ等シタ何等ノ犯罪ヲモ構成スルコトナシ斯ク事實ニ犯罪ヲ行ハサルモノナリカ故ニ不能犯ノ名稱生シタルナリ例ヘハ犯人ハ人ヲ殺サントスルニ際シ犯人ハ殺サントスル人ノ生存ヲ信スルカ故ニ其殺害ニ必要ナル方法ヲ行ヒタリ然ルニ其實犯罪ノ客體ハ死屍ナリシカ如キ又例ヘハ懷胎セザル婦女ニ對シテ墮胎藥ヲ吞ミシメタル場合ハ如シ死屍ニ對シテハ殺害ヲ行フ能ハス懷胎セサル婦女ニ對シ

テハ墮胎ヲ施スヘカラス其ニ不能ノ罪ヲ犯シタルモノヲ罪科セザルニ依ルニ據ルニ不能犯ノ説明ハ上陳ノ如シ此以外又不能犯ヲ謂フモノモカシ外國刑法學者ハ不能犯ヲ論究シテ何レモ其解釋ヲ認ムト雖モ其適用ニ至リテハ極メテ困難ナル問題ヲ生シ諸家其見解ヲ異ニセリ今歐洲一般學者ノ主張スル所ニ依レハ不能犯トハ犯人ニ於テ犯罪構成ニ必要ナル行為ヲ行フト雖モ其手段又ハ目的ノ錯誤ニ因リ到底犯罪コトヲ生スヘキ直接ノ效果ヲ收ムルコト能ハサル場合ヲ謂フ之ヲ詳言スレハ犯罪ノ方法又ハ犯罪ノ目的ノ性質上不完全ニシテ同一ノ條件同一ノ方法ヲ以テスルトキハ如何ナル人ト雖モ決シテ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルモノヲ謂ヒ之ニ反シテ犯罪ノ性質上罪ヲ構成スルニ足ラザルモノニ非スシテ此方法ヲ用ヒ此目的ニ當ル者其事實上ノ錯誤ニ因リテ犯罪ノ目的ヲ達スルコト能ハサルトキハ未遂犯罪ノ以テ謂フ是ニ於テ力學者ハ不能犯ヲ區別シテ第一、目的の上ノ不能犯第二方法上ノ不能犯ト爲ス

第一、目的の上ノ不能犯

目的の上ノ不能犯トハ罪ヲ犯スノ意思ヲ以テ其目的ヲ達スルニ必要ナル方法ヲ

行フト雖モ犯罪ノ客體存在セシテ而シテ其結果ヲ收ムルコト能ハサル場合ヲ謂フ之ヲ換言スレハ犯罪ノ目的缺亡スルトキ云々如何ナル行爲ヲ行フモ到底犯罪ヲ構成スルモノニ非サルナリ然ルニ許多ノ刑法學者不能犯罪ノ研究ヲ爲スニ當リ豫メ一定ノ標準ヲ探求スルコトヲ務メスシテ徒ニ各事實ニ付キ之カ斷案ヲ下サント欲ス故ニ諸家各其見解ヲ異ニシ未ダ皆テ議論ハ致ラ見ルコト能ハサルナリ試ニ予ノ説ヲ以テ大過ナキモノナリトシテ少シク之カ適用ヲ爲スコトヲ得セシメハ則チ凡シ犯罪ノ上ノ錯誤ヲ爲シテ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサル場合ニ於テ其犯罪ヲ構成スベキ場合ニ其然ラサル場合トヲ區別スルニ於テ何ノ困難カ之アラン予ハ是ヨリ例證ヲ舉ゲテ而シテ其原則ノ適用ヲ試ミ因テ以テ予ノ説ノ過ナキヲ保セント欲スルナリ予ハ先ツ第一例及ヒ第二例ニ於テ明白ノ場合ヲ舉ゲ第三例ニ於テ疑義ヲ屬スル場合ヲ掲ゲテ夫レ論究スル所アラシム

第一例 (イ) 犯人ハ其殺害セント欲スル所ノ人ヲ以テ睡眠セザルモノナリトシ之ニ加フルニ短銃ヲ以テセリ然ルニ此人ハ既ニ死亡セシモノニシテ犯人ハ

實ニ人ノ屍骸ヲ刺セルナリ是レ「殺」ト「殺」氏「殺」氏及ヒ其他一般刑法家ノ認メテ以テ目的ニ關スル絕對的ノ不能犯ナリト爲ス所ノ場合ナリ
(ロ) 一婦アリ自ラ懷妊スト信シ墮胎ヲ行ハント欲シテ墮胎劑ヲ服用セリ然ルニ其實懷妊スル者ニ非サルヲ以テ墮胎スルコト能ハザリシ此例モ亦諸家ノ均シク不能犯ナリト認ムル所ノモノナリ
(ハ) 犯人ハ他人ノ所有ニ屬スルモノナリト信シテ森林ノ樹木ヲ伐採セリ然ルニ此所有權ハ遺贈ニ因リテ犯人ノ有ニ歸シ犯人ハ之ヲ知ラスシテ其所有ノ樹木ヲ伐採セシニ過キザリシ此事實ニシテ犯罪ヲ構成セサルコトハ諸家ノ論一致スル所ナリ
以上列舉スル所ノ三例及ヒ其他之ト性質ヲ同シウスル所ノ場合ニ於テハ常ニ犯罪ヲ構成セス所謂目的上ノ不能犯アリト爲ス蓋シ犯罪ノ實行者ヲ見ルノミニシテ其客體ヲ見ルコト能ハサルヲ以テナリ(イ)ノ場合ニ於テ犯罪ノ受働者ハ既ニ死亡シテ此世ニ存在セス(ロ)ノ場合ニ於テモ亦然リ客體ハ未タ曾テ母ノ胎内ニ孕マレタルコト非サルナリ(ハ)ノ場合ニ於テ犯罪ノ客體ハ森林ノ所有者ナ

ルヲ以テ其所有權既ニ犯人ニ移轉セシ以上他ニ客體ノ存在スルヲ理ナシ此ノ如ク犯罪ノ客體全ク存在セスシテ而シテ始メテ目的上ノ不能犯即チ犯罪ヲ構成セサル目的上ノ錯誤アルコトヲ認ムルコトヲ得
第二例 (イ) 犯人ハ其殺害セント欲スル人ノ乗スル馬車ナリト信シテ之ニ對シテ發銃シタリ然ルニ客體ハ偶車ニ在ラスシテ徒歩セシナリ
(ロ) 犯人ハ寺院ノ寶錢箱中ヨリ寶錢ヲ竊取セントシテ箱中ヲ搜索セシニ其寶錢箱ハ全ク空虛ニシテ一錢ノ餘財モナカリシ此二例ハ「ガロ」氏「ガロ」氏ハ其第一版ニ於テハ絕對的ノ不能犯ナリト論シ第四版ニ於テ前説ノ非ヲ自白セリ以テ相對的不能犯ナリト爲ス所ノ場合ニシテ何人モ未遂犯ヲ構成スヘキモノタルコトヲ承認スヘシ蓋シ此ノ如キ場合ニ於テ犯罪ノ目的物ハ實際存在スヘカラサルニ非ス犯人之ヲ求ムルニ其途ヲ得サルニ由ルナリ若シ少シク注意シテ其所在ノ場所ヲ搜索セハ或ハ犯罪ノ目的ヲ達シテ而シテ誤ル所ナカリシナラン然ラハ則チ犯人犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサルハ犯罪ノ目的物即チ犯罪ノ客體缺亡スルカ爲メニ非スシテ犯人ノ輕忽客體ノ所在ヲ明カニスルコト

能ハサルニ原因セシムハ非ス之ヲ詳言スレハ犯罪ヲ構成スルニ必要ナル要素具備スト雖モ犯人ノ錯誤ニ因リ犯人ヲシテ遂ニ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサレメタルナリ

第三例 犯人ハ父ノ爲メニ仇ヲ報セント欲シテ一夜怨家ニ侵入ス忽チ室ノ一隅ニ一人ノ直竝スルヲ見ル其容貌甚タ髯人ニ似タリ是ニ於テカ刀ヲ揮ヒ迫リテ之ヲ斬ル憂焉トシテ聲アリ帷ミテ之ヲ檢スレハ則チ主人ノ銅像ナリシ主人之ヲ悟リ犯人ハ捕獲セラレタリ是レ固ヨリ假想ノ事實ナリ然レトモ若シ果シテ此ノ如キ場合アリトセハ犯人ノ所爲ハ謀殺未遂罪ヲ以テ論スヘキカ將タ家宅侵入罪ヲ構成スルニ過キサルカ「ラルト」氏曰ク暗黒中ニ其目的トスル人ナリト信シテ狙撃セシ所ノモノハ一箇ノ樹株ニ外ナラサリシトキハ則チ絕對的ノ不能犯ナリトスト然ラハ則チ同氏及ヒ同氏ト説テ同シウスル所ノ論者ハ必ス本問題ノ事實ヲ以テ謀殺未遂罪ヲ構成スヘキモノニ非スト爲スヤ疑ヲ容レサルナリ然レトモ予ハ此説ニ服スル能ハス即チ謀殺未遂罪ヲ以テ之ヲ論セント欲ス此場合ニ於テ犯罪ノ客體タル主人ハ實ニ其家ニ存在セリ犯人若シ少

シテ注意シテ主人ノ現在スル所ヲ探リテ不意ニ之ヲ襲フアラハ其目的ヲ達スルニ於テ蓋シ容易ノ業タルヘシ然ルニ犯人ハ其注意ヲ怠リタルカ爲メニ銅像ヲ誤認シテ主人ナリト爲シ流星光底長蛇ヲ遇セシナリ夫レ此ノ如ク道理上克ク犯罪ノ結果ヲ收ムヘクシテ而シテ犯人ノ錯誤之ヲ收メシムルコト能ハサルトキハ則チ刑法第百十二條ニ所謂犯人意外ノ舛錯ニ因リ未タ遂ケサルノ場合ニ在リ彼ノ囊錢箱ヲ探リテ而シテ財物ヲ得サル場合ト何ゾ擇フ所アラシヤ若シ銅像ヲ斬ルノ場合ヲ以テ謀殺ノ未遂犯ヲ構成スルニ足ラストセンカ竊盜者カ室内ニ侵入シテ財物ヲ得スシテ而シテ捕獲セラレタル場合モ亦之ヲ以テ竊盜ノ未遂罪ニ擬スヘカラサルニ至ラシ竊盜ノ意思明白ナルトキハ門戶牆壁ヲ踰越損壞スルノ事實ヲ以テシテ固ホ且竊盜未遂罪ヲ構成スルコトヲ得況ヤ既ニ室内ニ侵入セシ場合ニ於テヤ今百尺竿頭一步ヲ進メ一例ヲ舉ゲンニ若シ主人ハ危害ノ身ニ迫ルヲ悟リ逃レテ竊ニ銅像ノ後ニ潜伏ス犯人ノ知リテ主人ヲ斬ラントシテ偶、銅像ヲ斬リタリトセハ誰カ犯人ノ謀殺未遂罪ヲ疑フ者アラシ主人銅像ノ傍ニ在ルトキハ則チ克ク謀殺未遂罪ヲ構成ストシ主人銅像ノ

犯罪ヲ實行スルニ足ラサルトキハ則チ方法ニ關スル絕對的ノ不能犯アリト曰ヘリ是レ犯罪ニハ必ズ方法ヲ要スルカ故ニ方法ナケレハ犯罪ナク隨テ其方法犯罪ノ用ヲ爲スニ足ラサルトキハ則チ方法ヲ用ヒサルニ同シク全ク犯罪ナキニ歸スヘシト云フニ在リ夫レ不完全ノ方法ハ果シテ犯罪構成ノ要件ト爲スニ足ラサルカ又不完全ノ方法ヲ用ヒタルトキハ全ク方法ヲ用ヒサルニ同シキカ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ不能犯論者ノ說ハ是レ其一ヲ知リテ未タ其二ヲ知ラサル者ナリ凡ソ犯罪ヲ行フニ當リ不完全ノ方法ヲ用フルトキハ全ク其用ヲ爲ササルヲ以テ初ヨリ何等ノ方法ヲモ用ヒサルニ同シキコトハ實ニ論者ノ說ク所ノ如シ然レトモ不完全ノ方法ヲ用ヒテ而シテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサル場合ト完全ノ方法ヲ用ヒテ而シテ其成功ヲ收ムルコト能ハサル場合トハ其結果ニ於テ全ク同一ナルニハ非スヤ夫レ方法完全ナリト雖モ之ヲ用フル其宜キヲ得サレハ則チ何等ノ用ヲ爲スモノニ非サルナリ既ニ其用ヲ爲ササル所ヲ以テ之ヲ觀レハ完全ノ方法ヲ以テスルモ又不完全ノ方法ヲ以テスルモ其歸スル所ハ同一ナリ然ルニ論者ハ完全ノ方法ヲ用ヒタルトキハ縱令其用法ヲ失シテ

犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサルモ未遂犯ヲ構成スヘシト爲シ而シテ不完全ノ方法ヲ用ヒテ犯罪ノ成功ヲ收ムルコト能ハサルトキハ却テ不能犯アリト爲ス犯罪ノ結果ハ常ニ同一ニ歸シ而シテ刑法ノ適用獨リ異ナル所以ノモノ予報其理由ノ存スル所ヲ知ルニ苦マシムルハ非ス論者或ハ曰ハシ犯罪ノ方法最初ヨリ其用ヲ爲スニ足ラサルモノナルトキハ如何ナル智術ヲ盡スモ到底其目的ヲ達スヘキニ非ス是レ用法ノ錯誤ニ因リテ然ルニ非スシテ方法ノ性質ニ因リテ然ルモノナレハ犯罪ハ最初ヨリ未タ會テ何等ノ方法ヲ用ヒサル者ト毫モ異ナル所ナシ之ニ反シテ犯罪ノ方法ハ其性質犯罪ノ目的ヲ達スルニ足ルヘキモノナルトキハ犯罪其用法ヲ誤ラサルニ於テハ必ズ犯罪ノ成功ヲ收ムルコトヲ得タルヘシ而シテ其之ヲ收ムルコト能ハサリシハ是レ方法ノ性質ニ因リテ然ルニ非スシテ用法ノ錯誤ニ因リテ然リト謂フヘキヲ以テ方法ノ性質其用ヲ爲ササル場合ト同日ニシテ而シテ論スヘカラサルナリト此說ニ據レハ未遂犯ハ犯罪ノ一部實行アリタル場合即チ犯罪ヲ構成スル事實ノ一部ヲ行ヒタル場合ニ非サレハ成立セス蓋シ刑法ノ防衛權ハ犯人ノ行ヒタル行爲ノ性質何等ノ害惡

ヲ生セサル場合ニ及フヘキモノニ非ス必ス犯罪ノ行為自體ニ附著スル危害ノ存在スル場合ヲ禁遏スト云フニ在リ故ニ論者犯罪ノ實行ニ有效ナル方法ナキトキハ犯罪ナキニ歸スヘシトノ斷案ヲ下ス固ヨリ當然ノ結果深ク惟シムニ足ラサルナリ

論者曰ク最初ヨリ其用ヲ爲スニ足ラサルノ方法ヲ取リテ以テ犯罪ノ用ニ供シタルハ是レ爲スヘカラサルノ事業ヲ爲シタルモノニシテ所謂不能犯アリ之ニ反シテ最初ノ間ハ其用ヲ爲スニ足ルノ方法ヲ取リシモ中途ニシテ其用ヲ失フニ至リタルハ是レ方法ノ罪ニ非スシテ犯人自ラ招クノ過失ナリ故ニ未遂犯アリト然レトモ人生萬般ノ事業其初ニ當リテヤ必ス成ルヲ期スヘキモノニ非ス又必スシモ成ルヲ期スヘカラサルモノニ非ス其成ラサルニ當リテ神術奇計モ途ニ其用ヲ爲ササルナリ犯人犯罪ヲ行フモ亦然リ其目的ヲ達スルコト能ハサルニ於テヤ縱令其取ル所ノ方法バ確實ナリトスルモ到底其用ヲ爲ササルナリ其用ヲ爲ササル所ヨリ之ヲ觀レハ確實ノ方法モ實ニ牛渡馬勃ニ價スルニ足ラスシテ而シテ粗惡ノ方法ト何ゾ擇フ所アラシヤ然ラハ則チ最初ヨリ其用ヲ爲

ササル方法ヲ擇フモ中途ニシテ其用ヲ爲ササル方法ヲ擇フモ犯人ノ目的ヲ達スルコト能ハサルシハ是レ其方法ノ罪ニ非スシテ一ニ犯人カ方法ノ粗惡ト前途ノ障害ヲ豫見スルコト能ハサルノ過失ニ因ラスンハ非サルナリ既ニ方法ノ粗惡ヲ豫見セサルモ前途ノ障碍ヲ豫見セサルモ均シク犯罪ニ歸スヘキ過失ナリトスレハ最初ヨリ成立セシ障礙ト中途ニシテ發生セシ障礙トニ因リテ以テ不能犯ト未遂犯トヲ區別スルノ理由ト爲スニ足ラサルヤ論ヲ埃タス

要スルニ刑法ハ犯罪ノ意思アリテ之ヲ外形行為ニ表白スルトキハ常ニ之ヲ罰セサルヘカラサルナリ其外形行為カ犯罪ノ目的ヲ達スルニ適當ナル性質ヲ有スルト否トハ之ヲ論究スルノ必要ナシ何トナレハ其如何ナル場合ニ於テモ犯人其期スル所ノ犯罪ノ結果ヲ收ムルコト能ハサルニ至リテハ同一ニ歸著シ而シテ其國家ニ及ホス所ノ危險亦同一ナレハナリ然レトモ予ハ犯罪ノ意思アリテ外形行為アレハ常ニ必ス未遂犯ヲ構成スヘシト謂フモノニ非ス犯罪ノ意思アルモ其意思ノ實行ニ必要ナラサル方法ヲ行ヒ又ハ其意思ノ實行ニ反對スル方法ヲ行フトキハ未遂犯ヲ構成スルモノニ非ス是レ方法上ノ不能犯ナリト謂

ハンヨリ寧ロ未タ犯罪ヲ構成スルノ方法ヲ行ハサルモノナリト謂フハシト欲スルナリ之ヲ換言スレハ犯罪ノ意思ハ危險ノ性質ヲ以テ外形行爲ニ發露シタル場合ニ非サレハ未遂犯アリト謂フヘカラサルナリ是ヨリ事例ヲ舉ゲテ以テ未遂犯ヲ構成スル場合ト其然ラサル場合トヲ明瞭ナラシメントスルニ意圖セリ

第一例 (イ) 銃彈ノ達セサル遠距離ニ在リテ人ヲ銃殺スヘシト信シ富士山ニ登リ其頂上ヨリ信州諏訪湖ニ遊ブ人ヲ狙撃セントシテ其手銃ヲ發セテ是レ實ニ犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ヲ行ヒタルモノニ非ス何トナレハ銃丸ヲ到達スヘカラサル遠距離ニ發砲スルハ全ク銃丸ヲ裝填セサル銃砲ヲ發スルニ同シクシテ銃丸ノ裝填ナキ銃砲ヲ發スルハ火藥ノ裝填ナキ空砲ヲ擬スルニ均シ彈藥ノ裝填ナキ銃砲ヲ擬シテ人ヲ殺サント欲ス果シテ犯罪ニ必要ナル方法ヲ行ヒタルモノナリト謂フヘキカ

(ロ) 牛乳ヲ以テ人ヲ毒殺スヘシト信シ毎日之ヲ其怨人ニ飲マシムル者アリ又水ヲ以テ可燃質ノモノナリト信シ之ヲ薪材ニ注キ因テ以テ放火ヲ爲サントスル者アリ此等ノ所爲タル犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ニ非サルヲミナラズ全ク

犯罪ノ實行ニ反對スル方法ナリト謂フヘシ何トナレハ牛乳ハ滋養物ニシテ人ノ健康ヲ養フヘク水ハ不可燃質ニシテ薪材ノ火ヲ消滅スヘキモノナレハナリ若シ此等ノ場合ヲ以テ未遂犯ヲ構成スト言ハンカ水ニ溺レタル人ヲ救助シテ向ホ之ヲ殺スノ意思ヲ實行シタル者ナリト謂フコトヲ得ン

第二例 (イ) 咒詛ノ方法ニ因リ人ヲ殺スヘシト信シ咒文ヲ唱ヘ其咒殺セント欲スル者ノ死ヲ禱ル者アリ又丑時詣ヲ爲シ其怨殺セント欲スル人ニ擬シテ神木ニ五寸釘ヲ打付タル者アリ凡シ此等ノ所爲ハ未タ國家ニ對シテ何等ノ關係ヲ發生セシムルノ效力ナク僅ニ單獨任意ノ行爲タルニ過キサレハ犯罪ノ實行ニ必要ナル方法ヲ行ヒタルモノニ非サルカ如シト雖モ大ニ然ラサルモノアリ若シ精神過敏ナル者此行爲ヲ知リテ自己ニ害アリト信シ之ヲ苦ニシテ死亡スルトキハ其死ハ咒詛又ハ丑時詣ニ原因スルヲ以テ必ス罪ナシト謂フヘカラス若シ結果ヲ收メタルトキ犯罪ヲ構成スルモノトセハ其結果ナキトキニ於テ未遂犯アルニ疑ナシ

(ロ) 無毒ノ物質ヲ以テ毒藥ナリト誤信シテ之ヲ人ノ食物中ニ投シ因テ以テ其

人ヲ毒殺セント謀リシ場合ノ如キ一般刑法家ヲ認メテ以テ方法上ノ不成就ナリト爲ス適例ナリ

(ハ) 犯人ハ人ヲ銃殺セント欲シテ所有ノ銃砲ニ彈藥ヲ裝填セリ然ルニ犯人未タ之ヲ用フルニ違アラシシテ竊ニ之ヲ發セシ者アリ犯人ノ知ラズ尙ホ彈藥ヲ裝填アルモノナリト信シテ之ヲ目的ノ人ニ擬セシ場合又犯人ハ適當ノ距離ニ在リテ銃砲ヲ發シタルニ偶ニ其銃砲ノ射程遠キニ至ラスシテ目的ノ人ヲ害スルコト能ハサリシ場合

(ニ) 犯人ハ毒藥ヲ使用シテ人ヲ殺サシコトヲ謀リシモ毒藥ノ分量ヲ誤リタルカ爲メニ遂ニ毒殺ノ功ヲ奏スルコト能ハサリシ場合

以上掲クル所ノ場合ニ付テハ世人或ハ不成就ナリト論シ或ハ未遂犯ナリト説ケリ然レトモ予ハ此數箇ノ場合ヲ以テ悉ク性質ヲ同シラスル所ノ未遂犯ナリト論定セント欲スル者ナリ何ヲ以テ之ヲ言フヤ曰ク此等ノ場合ニ於テ犯人カ取リシ所ノ方法ハ悉ク犯意ノ實行ニ必要ナラサルモノナシ唯犯人ハ他人ノ爲メニ誤マラレ又ハ自ラ誤リテ犯罪ノ效果ヲ收ムルコト能ハサリシモノナリハ

今試ニ被害者ハ僅少イ毒藥ヲ服用シ然ルカ爲メニ變死シタリトセハ犯人期スル所ノ目的ハ全ク之ヲ達シタルカ故ニ必ス毒殺既遂罪ヲ以テ論スヘキハ何人モ克ク首肯スル所ナルヘシ無毒ノ物質ヲ飲ミタルカ爲メニ病死シ又ハ空發ノ銃聲ニ怖レテ驚死シタル場合ニ於テ獨リ然ラスト言フノ理アラシヤベトトル氏ハ銃聲ニ驚怖シテ生命ヲ殞シタルトキハ唯犯人ノ目的被害者ヲ驚殺スルニ在リシ場合ニ限リ謀殺未遂罪アリト論セリ然レトモ犯人ノ目的ハ此被害者ヲ殺スニ在リシヲ以テ苟モ犯人ノ行ヒタル方法ニ因リテ以テ彼ヲ死ニ致シタルノ事實アル以上ハ銃殺ト驚殺ト何ヲ擇ハシヤ是レ挺ト刀トヲ以テ人ヲ殺スノ類ノミ固ヨリ異ナルヘキノ理ナシ

上來説ク所ヲ概言スレハ予ノ議論ハ方法上ノ不成就ナルモノヲ認ムルコト能ハスト爲スモノニシテ我刑法上斯ル解釋ヲ許ササルナリ然ルニ此議論ヲ主張スル者ハ獨リ予ノミナルカ故ニ之ニ對シ許多ノ批難ヲ受クルモ此ノ如キ批難ハ今暫時ノ間ノミ數年ヲ經過セシテ予ノ説ノ行ハルルニ至ルノ期アルヲ信ス而シテ此議論ハ獨リ我國ニ於ケルノミナラス外國ノ刑法學者間ニ於テモ異

ンハ非ス何トナレハ毆打ノ所爲ハ殺害ヲ行フニ必要避クヘカラナル所ノモノナルヲ以テ殺害ノ意思ヲ有スル者ニシテ毆打ノ意思ヲ有セサルコトハ理ニ於テ之アルヘカラサレハナリ

第三章 犯罪ノ時、場所、人

第一節 犯罪ノ時

犯罪ハ法律ノ禁制命令シタル事項ニ違反スルノ所爲ヲ謂フ故ニ其禁制命令以外ニ於テ犯罪ノ存在スルノ理由ナク又其以前ニ於テ犯罪ノ成立スヘキ道理ナシ是ニ於テカ刑法ハ犯罪ノ時ニ付キ二原則ヲ掲ク

第一原則 法律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セス

此原則ハ載セテ現行刑法第二條ニ在リ元來犯罪ハ法律ノ禁制命令シタル事項ニ違反スルノ所爲ヲ謂フモノナレハ苟モ禁制命令ナカラシカ之ニ違反スルノ途ナキニ由リ禁制命令以外ニ於テハ各人皆自由ヲ行爲ヲ爲スル權利ヲ有スヘシ假令其自由行爲ハ雄惡スヘキモノアリトスルモ之ヲ自シテ犯罪ナリト謂フ

コトヲ得ス故ニ法律ナケレハ犯罪ナシト云フノ原理ハ自ラ明確ニシテ必スシモ法律ノ明文ヲ挾テ始メテ之ヲ知ラサルナリ刑法第二條ノ規定ハ全ク無用ノ長物ト謂フモ不可ナキナリ試ニ本條ナシト假定セテ裁判官ハ法律ノ明文以外ニ馳セテ妄ニ人ヲ罰スルコトヲ得ルカ何人モ之ヲ想像スルヲ得サルヘシ蓋シ人ノ性ハ自由ナリ唯法律ノ制限スル所アルカ故ニ多少之ヲ失フニ至ル其失フ所ニ於テ尙ホ自由ノ行爲ヲ爲セハ則テ法律ノ違犯即チ犯罪アリト謂フナリ故ニ自由ハ人生自然ノ原則ニシテ制限ハ法律命令ノ例外ナリ例外ハ法律ヲ挾テテ而シテ後ニ行ハルモノナレハ法律以外ニ於テ自由ノ制限アルコトナク自由ノ制限ナクシテ而シテ犯罪行爲獨リ成立スルノ理ナシ今假ニ自由ノ制限以外ニ於テ自由ノ行爲ヲ爲ス者アルヲ見テ其行爲ハ當時ノ政府ニ反對スルモノナリ其行爲ハ國家ニ害アルモノナリトシテ之ヲ罰スルコトヲ得ルモノトセハ吾人ハ一日モ枕ヲ高ウシテ而シテ眠ルコトヲ得ス刑法ノ講義ハ治安ニ妨害アリトシテ之ヲ罰シ大道ノ遊歩ハ通行ノ妨害ナリトシテ之ヲ罰シ一日ノ三食ハ國家ノ不經濟ナリトシテ之ヲ罰スルトモハ誰カ安全ノ生活ヲ爲スコトヲ得

（キヤ）然ラハ則チ人ハ唯法律ノ禁制命令シタル事項ニ違反スルコトヲ憶ム（キノミ）隨テ禁制命令ノ範圍外ニ於テハ何等ノ行為ヲ爲スモ全ク其自由ナリ其自由ノ範圍内ニ於テ爲シタル行為ヲ以テ犯罪ナリトシテ之ヲ罰スルコトハ禁制命令ノ逸犯ヲ罰スル刑法ノ原則ニ反スルコト甚シ故ニ第二條ノ規定ハ之ヲ設クルノ必要ナシ若シ本條ナカリセハ違法ノ處罰ヲ禁スルコトヲ得スト謂ハシカ不論罪又ハ輕減ノ場合ニ於テモ本條ト反對ノ規定ヲ要スヘシト謂ハサルヘカラス即チ法律ニ正條ナキトキハ不論罪又ハ輕減ヲ爲スモ得ストノ規定ヲ設ケサルヘカラスニ至ラン（附註）禁制命令ハ附則ニ對シテ論者曰ク法律以外ニ於テ人ヲ罰スヘカラスナルコトハ本條ノ規定ナキモ之ヲ知ルヲ得ヘシト雖モ本條ハ別ニ刑法ノ解釋上ニ付キ多少ノ必要ヲ見ルナリ即チ法律ニ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セスト謂フトキハ法律ノ正條ハ之ヲ比附援引シテ解釋スルノ不可ナルコトヲ示スニ足ル即チ刑法ノ解釋ニ比附援引ヲ許サストノ原則ハ實ニ第二條ノ規定ヨリ出ツ故ニ本條ハ解釋上ノ必要ヲ爲スコトナリト此論ハ一理ナキニ非ス然レトモ是レ畢竟事大ナル場合ニ於テハ法律

ノ明文ヲ要セサルモ事ノ小ナル場合ニ於テハ却テ之ヲ要スト云フニ歸著ス既ニ正條以外ニ於テハ加何ナル所爲ト雖モ之ヲ罰スルコトヲ得ストモ其正條ヲ比附援引シテ解釋スルコトヲ許ササルハ固ヨリ當然ノ事ノミ（附註）官廳犯罪ハ必ス刑法ノ明文ヲ缺テ成立スト云フニ付テハ刑法制定ノ時期及ビ其廢止ノ時期ヲ知ルノ必要ナリ（日ハ中央選舉權、復選權、解散權、改選權、第一 刑法ノ制定ニ 刑法ノ制定ハ他ノ法律ノ制定ノ加ク今日ニ於テハ帝國議會ノ協賛ト天皇ノ裁可トハ法律ノ制定ニ必要ナル二條件ニシテ其一ヲ缺クトキハ即チ如何ナル法律ト雖モ成立スルモノニ非サルナリ然レトモ法律ハ唯制定シタルノミニテ如何等ノ效力ヲモ有スルモノニ非ス法律ハ唯其生命ヲ得タリト云フニ過キスシテ毫モ活動ヲ爲スヘキモノニ非ス此法律ヲシテ活動ヲ爲サシムルニ付テハ公布ノ手續ヲ行ハサルヘカラス法律ノ公布トハ制定シタル法律ヲ日本全國ニ施行セントスルノ儀式ニシテ天皇ノ大權ニ屬シ天皇自ラ之ヲ爲ス而シテ法律ニタヒ公布スレハ茲ニ始メテ全國ニ向テ活動ヲ爲スナリ（日ハ中央選舉權、復選權、解散權、改選權、第二 犯罪ノ時、場所、人、犯罪ノ時

然レトモ公布ハ官中ノ一儀式ニシテ國民ハ未ダ公布式ノ行ハレタルヤ否ヤヲ知ルコト能ハサルヲ以テ公布後更ニ此法律ハ公布アリタル全國人民ニ告知スルノ必要アリ全國人民ハ綜合法律ノ公布アリタル既ニ執行力ヲ有スル場合ニ至リタル尙ホ未ダ此法律ヲ遵守スルノ義務ヲ有スルモノニ非ス其之ヲ遵守スルノ義務ヲ生スルニ至ルハ公布ノ告知期間ヲ經過シタル後ニ在リトス一旦公布ノ告知期間ヲ經過スレハ人民ハ實際其公布ヲ知ルト知ラサルトニ拘ハラス皆此法律ヲ遵守スルノ義務ヲ負フヘシ公布ノ手續ハ明治十九年二月勅令第一號ヲ以テ之ヲ規定ス公文式即チ是ナリ此規定ニ依リハ法律ノ公布ハ官報ニ登載シテ之ヲ告示シ官報到着ノ翌日ヨリ七日ヲ經過スレハ其法律ヲ遵守スヘキノ義務ヲ生ス官報ノ到着日ハ中央政府ヲ距ル里程ノ遠近ニ從ヒテ異ナル所ノモノナレハ法律ノ實行ハ日本全國同時ニ於テスルコト能ハス中央政府近キ府縣ハ官報ノ到着早キカ故ニ早ク公布ヲ知リ中央政府ニ遠キ府縣ハ官報ノ到達遲キカ故ニ遲ク公布ヲ知ルノ理ナリ其到着期日ハ別ニ勅令ヲ以テ之ヲ定メタリ例ハ東京府近ノ諸縣ハ即日官報ノ到着スルヲ以テ其物音ヨリ起算

シ鹿兒島縣ノ如キハ五日後ニ非サレハ官報ノ到着ナキヲ以テ第六日目ヨリ起算シ島嶼ハ一定ノ里數毎ニ一日ヲ加スル等ノ規定アリ要スルニ一法律出ツルハ之ヲ官報ニ掲ケテ全國ニ其公布アリシコトヲ知ラシム官報ハ全國同時ニ到着スルモノニ非サルヲ以テ日本全國中ニ於テモ或府縣ニ在ル人民ハ既ニ其法律ヲ遵守スルノ義務ヲ有スルニ拘ハラス他ノ府縣ニ在ル人民ハ未タ其義務ヲ負ハサルノ結果ヲ生スルコトハ毫モ悖ト爲スニ足ラサルナリ新法例ハ此弊害ヲ改正シテ公布後二十日ヲ經過スレハ全國同時ニ遵守ノ義務ヲ生スヘシト爲シタリ然レトモ法例第一條ニハ法律ハ公布ノ日ヨリ云云ト規定スルヲ以テ法律ノ遵守期限ハ之ヲ改正シタリト謂フコトヲ得ヘシト雖モ他ノ勅令ニ至リテハ未タ此法例ヲ適用スヘカラス隨テ勅令ニ付テハ今日モ尙ホ公文式ノ規則ニ依ラサルヲ得ス

第二 法律ノ廢止 法律ノ廢止ハ必ス二ノ方法ニ依ルモノトス明示ノ廢止及ヒ默示ノ廢止即チ是ナリ此二方法ノ外ニ於テハ決シテ法律廢止ノ場合アルコトナシ法律ニハ屢無用ノ規則ヲ設クルコトアリテ數十百年ヲ經過スルモ迄ニ

セラレタルトキハ其勅令ノ爲メニ施行ヲ停止セラレタル法律ハ其勅令以前ノ位地ニ復スヘキモノナルコトヲ認メタリ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ緊急勅令ハ法律ニ代ル效力ヲ有スルモノナレハ此勅令ヲ以テ廢止シタル法律ハ更ニ法律ヲ以テスルニ非サレハ復活スヘキモノニ非サルヘシ判決例ノ趣旨ノ如ク一時ノ停止ニ過キサルモノトスレハ緊急勅令ヲ以テ罰セラル者モ其廢止後ニ處罰以前ノ狀態ニ復權セシメサルヘカラス法律ノ廢止ハ確定スルモノニ非スト爲シ而シテ處罰ハ獨リ確定スルモノト爲ス緊急勅令ノ效力此ノ如クニ非スト爲ノナラシヤト云フ然レバ其後之ヲ觀ルニ法律ハ其後之ヲ觀ルニ非スト爲

第二原則 法律ハ既往ニ遡ルノ效ヲ有セス然レバ其後之ヲ觀ルニ非スト爲此原則ハ第一原則ノ適用ニ過キス第一原則ニ於テ正條ナキ所爲ハ之ヲ罰セスト爲シタル以上ハ其所爲以後ニ制定シタル法律ヲ以テ之ヲ其以前法律ナキ時代ノ所爲ニ及ホスコトヲ得サルハ自然ノ條理ナリ若シ爾後ノ法律ヲ以テ之ヲ以前ノ行爲ニ及ホスコトヲ得トセハ是レ正ニ正條ナキ所爲ヲ罰スルモノニシテ即チ第一原則ニ抵觸スヘシ

本原則ハ刑法第三條ニ於テ之ヲ規定ス然レトモ本條ハ第二條ノ適用ニ過キスシテ既ニ第二條ノ規定ヲ設クルノ必要ナキヲ知ラハ本條ノ規定モ亦殆ト其用ナキコト多辯ヲ要セサルナリ試ニ第三條ノ規定ナシトセシカ果シテ後日ノ法律ヲ以テ前日ノ所爲ヲ罰スルコトヲ得ルカ昨年ハ未タ法律ヲ制定セザリキ故ニ吾人ハ自由ノ行爲ヲ爲スノ權利ヲ有シタリ今年ハ法律ヲ制定シテ以テ自由ノ行爲ヲ制限セリ故ニ今年以後ハ吾人ハ其制限ヲ超ユルコトヲ得スト雖モ昨年ハ未タ何等ノ制限ナキヲ以テ自由ノ行爲ヲ爲スノ權利アリタルナリ今年ハ法律ヲ以テ此權利行爲ヲ罰セントス道理上果シテ之ヲ許スヘキカ若シ夫レ正條ヲ設ケサレハ無事ヲ罰スルノ危險アリト云ハハ其反對ノ場合ニ於テ正條アルモノ之ヲ適用セサルノ危險ナキヲ保スヘカラスト謂フコトヲ得シ之ヲ要スルニ刑法ハ正條以外ニ於テ之ヲ罰セストノ原則ヲ認メタル以上其結果トシテ法律以前ノ行爲ヲ罰スルヲ得サルコトハ殆トシテ明瞭別ニ條文ヲ必要トセザルナリ

然レトモ本條第二項ノ規定ハ實ニ例外ノ法律ニ屬シ大ニ之ヲ設クルノ必要アリ

ヲ法律ハ原則上其制定以後ニ非サルハ之ヲ適用スルコトヲ許サズ故ニ新法ヲシテ既往ニ遡ルノ效力ヲ生セシムルニハ必ス特別ノ規定ヲ設ケサルヘカラス抑モ刑法ハ何故ニ此例外法ヲ設ケタリヤ何故ニ新舊ノ二法ヲ比較シ舊法重クシテ新法輕キトキハ何故ニ新法ヲ適用シテ以テ舊法時代ノ犯罪ヲ罰スルコトヲ得トセシカ是レ法律ハ最も新ナルモノヲ以テ善良ナルモノナリト爲スニ因ル元來法律ハ之ヲ制定スル當時ノ必要ニ由リテ之ヲ制定スルモノナレハ昨年ノ非ハ必ス今年ノ非ニアラス昨年ハ罰スルノ必要アル所爲モ今年ハ却テ之ヲ論セサルノ必要ナシトセス此場合ニ於テ尙ホ昨年ノ法律ヲ適用シテ今年ノ所爲ヲ論セントスルハ是レ新法制定ノ趣旨ニ反スルコト甚シ今年ノ法律ハ實ニ現在ノ國家ヲ治ムルニ必要ナルカ故ニ之ヲ制定セリ昨年ノ國家ヲ治ムルカ爲メニ制定セシモノニ非サルナリ試ニ其所爲ハ今年始メテ發生ストセンニ或ハ輕ク罰スルコトアリ或ハ全ク罰セサルコトアルヘシ然ルニ其所爲偶々昨年ノ發生ニ係ルノ故ヲ以テ尙ホ昨年ノ法律ヲ適用シテ重ク之ヲ罰スルノ必要アリト謂フカ刑法ハ國家ノ安寧ヲ妨害スル者ヲ防クノ法律ナリ縱令昨年ノ國家ノ安

寧ヲ妨害スル所爲ナリト雖モ今年其性質ヲ失フニ至リテハ既ニ犯罪ニ非サルナリ犯罪ニ非サル所爲ニ對シテ防衛權ヲ行使理由果シテ何處ニ在ルカ然ラハ則テ昨年ノ所爲ニ對シテ輕キ新法ヲ適用スルハ國家ノ必要上即チ刑罰權ノ原則上實ニ已ムヲ得サルノ例外ト謂フヘキノミ夫レ此ノ如ク新法ノ輕キモノハ既往ニ遡リテ之ヲ適用スルコトヲ得トノ原理ヲ認ムルトキハ國家ノ必要アル場合ニ於テハ新法ノ重キモノモ亦之ヲ遡ラシメテ以テ舊法時代ノ所爲ニ適用スルコトヲ得セシムヘシ立法者果シテ此權利ヲ有スルカ我憲法ニ於テハ立法者ニ命スルニ如何ナル場合ニ於テモ新法ヲ遡ラシメテ之ヲ其以前ノ所爲ニ適用スルコトヲ許サストノ規定ナシ故ニ立法者ハ國家ノ必要上已ムヲ得サルノ場合ニ於テハ何時ニテモ既往ニ遡ルノ法律ヲ制定スルハ權利ヲ有スル但シ重キ新法ヲ制定シテ之ヲシテ既往ニ遡ルノ效力ヲ有セシムルトキハ人民ノ既得權ヲ害スルコト非常ニ大ナルモノアルヲ以テ宜シク國家ト人民ノ利害ヲ比較シ既往ニ遡ラシムルノ利益ハ既往ニ遡ラシメサルノ利益ヨリ多キ場合ニ非サレハ到底此ノ如キ異常ナル法律ヲ制定スル

第一款 犯罪及刑罰ニ關スル新舊二法ノ抵觸

犯罪及ヒ刑罰ニ關シテ新舊二箇ノ法律アリテ而モ犯罪ノ當時ニ於テハ舊法行ハレ判決當時ニ於テハ新法行ハルルトキハ果シテ何レノ法律ヲ適用スベキカ二箇ノ場合ヲ區別シテ論スルヲ便ナリトス

第一場合 犯罪ニ關スル新舊二法ノ抵觸 原則上新法ハ既往ニ適用コトヲ許ナス故ニ新法發布以前ニ於ケル犯罪ニ對シテハ新法ノ適用ヲ爲スコトヲ得即チ舊法ニ於テ罰主ナル所爲ニ付テ新法ハ之ヲ罰シ又舊法ハ輕ク罰シタル所爲ニ付テ新法ハ重ク罰スル場合ノ如キ即チ是ナリ然レトモ例外ナキニ非ス即チ新法ノ規定ハ舊法ニ比シテ寛大ナルトキニ限り新法ヲ適用スルヲ得ヘキコト是ナリ然レトモ是レ畢竟例外ノ規則ニ屬スルヲ以テ刑法上特別ノ規定アルニ非サレハ縱令新法ノ寛大ナル場合ト雖モ尙ホ新法ヲ適用シヌヲ以テ其發布前ニ於ケル犯罪ニ適用スルコトヲ得サルナリ況ヤ新法ノ舊法ニ比シテ嚴

ナル場合ニ於テハ之ノ罪ヲ減輕シタルハ法律ニ據テ之ヲ輕減シタルトモ白紙ニ據テ之ヲ抑モ舊法時代ニ於テ罰セサル所爲ニ當時ノ人民之ヲ行フノ權利ヲ有シタルモノナリ然ルニ後日ニ至リ新法ヲ制定シ之ヲ既往ニ適用シタル以テ舊法時代ノ行為ヲ罰スルハトテ得ルハ是レ人民カ既ニ得タル權利ヲ褫奪スルニ非スレバ何レヤ新法ニ於テ其刑ヲ重クシタル場合ニ於テモ亦然リ其重キ部分ノ適用ニ付テハ尙ホ舊法ヲ罰セサル行為ヲ罰スルト同一ノ論理ニ歸著ス散ニ曰フ新法ニ於テ舊法ヲ罰セサル行為ヲ罰シ又刑ヲ重クシタル場合ニハ決シテ新法ヲ適用シテ既往ニ適用スルコトヲ得スト然レトモ新法ノ規定ハ舊法ノ規定ニ比較シテ寛大ナル時點即チ新法ノ舊法ニ於テ罰セサル所爲ヲ罰セサル爲シ又ハ其刑ヲ輕クシタル時點ニ於テハ舊法時代ノ行為ニ付テモ尙ホ新法ヲ適用スルハ其ノ舊法ニ於テ罰セサル所爲ヲ認メ以テ犯罪ナリトシ之ヲ罰スル所似テモホ蓋シ當時之ヲ罰スルヲ必要ナラシム由ラ然ルニ新法ニ於テ此犯罪ヲ廢シタルハ國家既ニ之ヲ罰セサルヲ必要ラシムルニ斷リ新舊法律時代ニ成立セシ國家既ニ之ヲ罰セサルヲ必要ラシムルニ斷リ新舊法律時代ニ成立セシ

トノ理由ニ依リテ向來之ヲ罰セシムル世ニ不馴ノ輕重ヲ示シテ刑法ノ目的ハ國家ノ生存ヲ害スル犯罪ヲ禁制セントスルニ在リ然レニ新法ニ於テ罰セザル所爲ハ爾來正當ノ行爲タルヲ以テ何人モ之ヲ行フノ權利ヲ有シ世人之ヲ爲スノ能力ヲ有ス隨テ之ヲ禁制スルハ必要ナシ既ニ刑法所罰ノ目的ニ於テ缺クハ所アリ何ソ夫レ之ヲ罰スルノ理由アリランヤ且新法其刑ヲ輕カクシタル場合ヲ如キモ亦同一ナリ國家ハ其重刑ヲ科スルハ必要ナシト爲シタルモノアレハ其不必要ナル重刑ヲ以テ之ヲ犯人ニ科スルノ理由ナキヲ知ルベキノ是ハ例外ノ由リテ生シタル所以ナリトス

第二場合 刑罰ニ關スル新舊二法ノ抵觸 新舊二法ノ輕重ヲ知ルニ付テハ如何ナル標準ニ依ルベキカ

(一) 新法カ舊法ノ犯罪ヲ廢止シタルトキハ是レ新法ノ輕キ場合ナリ舊キ犯罪ヲ廢止シタル場合ノミナラズ人ノ身分ニ依リテ之ヲ罰セシムル又之ニ宥恕ヲ與ヘタルトキノ如キ尙ホ是レ新法ヲ輕シトス

(二) 新法ニ於テ舊法ノ刑ヲ減輕シタルトキハ新法ノ輕キコト明白別ニ説明ヲ

換タス

(三) 新舊法共ニ其刑ノ性質同一ニシテ而シテ其長期ト短期トヲ異ニスル場合 例ヘハ舊法ハ有期徒刑ヲ十年以上二十五年以下トシ新法ハ十二年以上二十一年以下ト爲シタルトキハ二法何レヲ以テ輕シト爲スカ此ノ如キ場合ニ於テハ新舊二法中唯其長期ヲ比較シテ其長キモノヲ重シト爲スベシ今前例ニ付テ其理由ヲ述ヘシニ犯人カ舊法ノ短期十年ヲ以テ罰セラルヘシトスルハ單ニ其希望タルニ過キス而モ其長期二十五年ヲ以テ罰セラルモ亦決シテ之ニ對シテ不服ヲ唱フルヲ得ス然ルニ新法ニ於テハ犯人カ罰セラルコトヲ希望スル短期ハ舊法ニ比シテ重シト雖モ其長期ニ至ラテハ決シテ二十年ヲ過タルコトヲ許サス即チ短期ニ於テハ輕重期スベカラズト雖モ長期ノ輕重ハ確乎トシテ既ニ定マル是レ予カ其長期ニ依リテ以テ新舊二法ノ輕重ヲ定ムベシト云フ所以ナリ或ハ説テ爲シテ言フ者アリ曰ク此ハ如キ場合ニハ新法ノ長期ト舊法ノ短期トヲ以テ其刑ヲ定ムベシト雖レトモ是レ所謂新舊二法ヲ比較シ其輕キニ從フモノニ非スシテ新舊二種ノ刑ヲ創設スルモノナリ

(四)

裁判官擬ニ法律ヲ制定スルノ權利ヲ有スル者ナリ。然レテ法律ニ依リテ重刑ヲ科スルハ、
新法ニ於テ舊法ノ罪名ヲ變更シタル場合例ハ舊法ハ常事犯罪ノ新法
ハ國事犯罪ト爲シタル場合ノ如シ。此ノ如キ場合ニ於テハ刑罰ノ輕重ハ新法
ヲ重シトス。若シ夫レ新舊二法ニシテ其刑罰等シトシテハ刑罰ノ輕重ハ新法
ヲ以テ重シトセサルハカラス。今之ヲ犯人ノ一方ヨリ觀察スルモ其刑罰
ノ長短定役ノ有無ニ關セズ國事犯罪ヲ以テ重刑ナルモノヲ矯ムヤ亦知ルベ
ク。然レモ是レ犯人ノ感情ニ法律上ヨリ之ヲ輕ハハ其罪名ニ依リテ輕
重ノ差異アルコトヲ故ニ與テ前說ニ從ハザルハ其方ヲスハハテ法律ニ依
テ新舊二法中各其一部ハ犯人ニ利益ニシテ一部ハ不利ナル場合例ハ舊
法ハ罰金ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ數罪併發ノ例ニ從ハズトセリ。新法ハ禁錮
ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ數罪併發ノ例ニ從フヘシトセリ。此ノ如キ場合ニ於
テハ舊法ヲ以テ輕シトスルノ刑罰ニシテ生命身體自由名譽財產ニ關スル數種
ノ刑アリテ就中最モ輕シト認ムヘキモノヲ財產刑ト爲ス蓋シ身體自由ノ貴
重大ナル財産ノ上ニ位スルコト疑フヘカラサレハナリ。故ニ罰金ヲ併科スル點

(五)

新舊二法中各其一部ハ犯人ニ利益ニシテ一部ハ不利ナル場合例ハ舊
法ハ罰金ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ數罪併發ノ例ニ從ハズトセリ。新法ハ禁錮
ノ刑ヲ以テ之ヲ罰スルモ數罪併發ノ例ニ從フヘシトセリ。此ノ如キ場合ニ於
テハ舊法ヲ以テ輕シトスルノ刑罰ニシテ生命身體自由名譽財產ニ關スル數種
ノ刑アリテ就中最モ輕シト認ムヘキモノヲ財產刑ト爲ス蓋シ身體自由ノ貴
重大ナル財産ノ上ニ位スルコト疑フヘカラサレハナリ。故ニ罰金ヲ併科スル點
ニ付テハ舊法重キカ如シト雖モ新法ハ禁錮ニ輕キモ明白ナリ。論者又新
法及ヒ舊法ヲ混同シ罰金ヲ科シテ數罪併發例ヲ適用スヘシト主張スル者
アリ。然レトモ是レ裁判官ヲシテ一新刑ヲ創設セシムルノ論者タルヲ免レズ
(六) 新舊二法其刑ノ執行方法ヲ異ニスル場合例ハ舊法ハ執行時間ヲ十時間
トシ新法ハ十二時間ト爲シタル場合ノ如キ。是ナリ。刑法第三條第二項ノ例外
法ハ刑ヲ適用スルニ付テ之ヲ設ケタルモノニシテ決シテ刑ヲ執行スルカ爲
メニ之ヲ設ケタルモノニ非ス。然ラハ則テ此例外ハ一旦刑ヲ科シタル後ニ於
テ適用スヘキモノニ非ス。既ニ新法ニ依リ處罰シタル以上ハ縱令新法ノ舊法
ニ比シテ執行方法嚴ナリト雖モ尙ホ新法ニ從ハサルベカラズ。然レトモ其執
行方法ト其ニ刑ノ性質ヲ變更シタルトキハ則テ尙ホ例外法ノ適用ヲ見ルア
リ。例ヘハ重禁錮ヲ改メテ流刑ト爲シタル場合ノ如キ。即チ是ナリ。其
以上新舊二法抵觸ニ付キ困難ナル問題ヲ說了セリト雖モ尙ホ此他刑法第三條
第二項ノ規定ヲ以テ解決スヘカラサル問題アリ。同條ニハ若シ所犯顯布以前ニ
在テ未タ判決ヲ經サル者ハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストハミアリテ

數箇ノ法律ノ變更アリタル場合ヲ豫想セス例ヘハ第一甲法時代ニ於テ發生セシ犯罪乙法時代ヲ經丙法時代ニ及ビテ發覺スト想像スルトキハ甲乙何レノ法律ヲ以テ舊法ナリト爲スカ第二犯罪後ノ法律ニ定メタル刑ト舊法ニ定メタル刑ト相等シキトキハ何レノ法律ヲ適用スベキカ凡ソ此等ノ問題ハ何レモ現行法ノ缺點ニ屬ス

第二款 裁判所ノ構成、管轄又ハ訴訟手續ニ關スル新舊二法ノ牴觸

茲ニ犯罪アリテ其未タ確定判決ヲ經サルニ先テ裁判所ノ構成裁判所ノ管轄又ハ訴訟手續ニ關スル法律ノ改正アリタルトキハ新舊ノ二法何レヲ適用スベキカ凡ソ法律既往ニ遡ラサルノ原則ハ實體法刑法ノ原則ニシテ形式法手續法ノ原則ニ非ス故ニ此等ノ法律ニ變更アリタル場合ニ於テハ本原則ヲ適用スルノ必要ナシ刑法ノ目的ハ實ニ罪ヲ犯シタル者ニ對シテ刑罰ノ制裁ヲ加フルニ在リ刑事訴訟法ノ目的ハ事實ノ真相ヲ得テ以テ被告ノ責任ヲ明カニセントスルニ在リ故ニ刑事訴訟法ハ一方ニ於テハ國家ノ公益ヲ保護シ他ノ一方ニ於テハ

被告人ノ私益ヲ救護スルモノナリト云フモ敢テ不可ナク所ナシ而シテ新法ハ必ス舊法ニ比シテ國家ヲ保護シ一私人ヲ救護スルニ於テ勝レル所アルモノナレハ國家ニ於テモ亦被告人ニ於テモ新法ノ適用ヲ受ケルハ單ニ其利益ヲ害セラルルコトナキノミナラス却テ其利益ヲ保護ヲ確實ニセントスルモノナレハ新法ノ適用ニ對シテハ何人モ異議ヲ述ブ所ナカルヘシ是レ手續法ニ付テハ既往ニ遡ラサルノ原則ニ從ハサル所以ナリ論者曰ク刑法ヲ既往ニ遡ラシムルハ被告人ノ既得權ヲ害スベク以テ之ヲ許スヘカラス然レトモ刑事訴訟法ニ至ラバ之ヲ既往ニ遡ラシムルモ敢テ被告人ノ既得權ヲ害スル所ナキヲ以テ既往ニ遡ラサルノ原則ニ從ハシムルヲ要セス刑法第三條ト刑事訴訟法第二十二條ヲ比較スルトキハ自ラ明カニシテ刑法第三條ニハ法律ヲ頒布以前ニ係ル犯罪ニ及ホスコトヲ得ス其第二項ニハ若シ所犯頒布以前ニ在テ未タ判決ヲ經ザルモノハ新舊ノ法ヲ比照シ輕キニ從テ處斷ストリ刑事訴訟法第二十二條ニハ此法律ハ頒布以前ニ係ル犯罪ニモ亦之ヲ適用ス其第二項ニハ頒布以前ニ爲シタル訴訟手續當時ノ法律ニ背カサルトキハ其效アリトス下アリテ二者正反

對ノ規定ナルニ非サレ然レトモ予ハ此說ニ服スル能ハス予ノ解釋ヲ以テス
レハ刑法ノ規定ト刑事訴訟法ノ規定ト論者以テ説キ相抵觸スル規定ニ非
ス法文ハ異ナル所アリト雖モ其趣旨ニ強ク同一ナリ凡ソ新法ノ效力ハ必
ズ其公布以後ニ生ス假令手續法ナリト雖モ決シテ其公布以前ニ遡リテ其效力
ヲ生スベキヲ謂レナシ世ノ學者カ見ケ以テ手續法ノ效力既往ニ遡ルト爲スル
畢竟其觀察ノ方法ヲ誤レルニ墮スルヲ學者ハ手續法ヲ以テ其公布以前ノ犯
罪ニ適用スルヲ目シテ直チニ既往ニ遡ルモノト爲スト雖モ審理上ヨリ觀察ス
ルニキム決シテ既往ニ遡ルモノニ非サルナリ何トナシハ犯罪其モラハ新法ヲ
公布以前ニ在ラタリト雖モ其審理ハ降リテ新法ノ適用時代ニ求ラタルモノナ
レハ爾來新法ノ適用ヲ受クルハ固ヨリ當然ナリ犯罪ハ既往ノ事實ナルニ裁判
ハ現在ヲ行爲ナリ現在ヲ行爲ハ現在ノ法律ヲ支配ヲ受ケサルヘカラス而シテ
現在ノ法律ハ即チ新法ナレハ之ヲ適用スルニ既往ニ遡ルモノト謂フベカ
ラス若シ新法ハ既往ニ遡ルモノナリトモ舊法時代ノ審理ハ悉ク之ヲ無効
ナリト爲ササルヘカラス何トナレハ舊法時代ノ審理ヲ廢止シ悉ク之ヲ無効ト

爲スニ非サレハ新法ヲ既往ニ遡ラシムルハ必要ヲ見ナレハナリ世又此ハ如キ
道理アラシキ要スルニ予ノ見ル所ヲ以テスレハ手續上ノ法律ニ改正ヲ對シ雖
モ新舊二法ノ抵觸ヲ見ルノ場合決シテ之アルコトナシキハ之ヲハ之ニ對シ
然レトモ管轄問題ニ付テハ多少其適用ヲ斟酌セサルヘカラスナルモノナリ今左
ニ此問題ニ關シテ説ク所アラントス
第一 舊法ニ於テハ區裁判所ノ管轄ニ屬スル事件アリ新法ハ之ヲ以テ地方裁
判所ノ管轄ニ屬スルモノトセハ此場合ニ於テハ何レノ裁判所ヲ以テ適法ノ管
轄裁判所ナリト爲スカ第一論者ハ曰ク管轄變更ノ法律ハ公益ニ關スルモノ
ナルカ故ニ被告人ノ私益ヲ以テ之ヲ左右スルコトヲ得ス是ヲ以テ新法ニ依リ
テ其管轄裁判所ヲ定メサルヘカラスト第二論者ハ曰ク被告人自然ノ管轄裁判
所ハ犯罪ノ當時被告人ヲ管轄セル裁判所ナリ故ニ犯罪後ニ於テ管轄ノ變更ス
ルタリト雖モ尙ホ舊法ニ依リテ其管轄ヲ定メサルヘカラスト予ハ固ヨリ第一
論者ニ左袒スル者ナリ然レトモ實際ニ於テハ嚴重ニ第一說ノ適用ヲ爲スヘカ
ラスル場合アリ例ヘハ舊法ニ於テ區裁判所ハ其管轄事件ニ付キ判決ヲ下シ其

未タ確定セサルニ先テ管轄變更ノ新法出テ其事件ヲ事ケテ地方裁判所ニ管轄ニ屬セシメタリトセシカ若シ此場合ニ於テ新法ヲ適用スヘシトモ被告人及ヒ檢察官控訴權ヲ失ハサルヘカラス何トナレハ新法ハ其事件ヲ以テ地方裁判所ノ管轄ニ屬セシメタルガ故ニ本件ノ第一審裁判所タルヲ得ヘシト雖モ之ヲ控訴ヲ受クルコトヲ得タルヘシ然ラハ則チ控訴院ニ控訴セシテ地方裁判所ノ第一審ニ對スル控訴裁判所タルヲ如何セン故ニ舊法時代ニ未タ判決ヲ經サルモノハ新法ニ從ハシメ舊法ニ依リ既ニ判決ヲ經タル事件ニ付テハ別ニ例外法ヲ設ケテ以テ控訴ノ途ヲ開タヘシメ

第二 舊法ニ於テ管轄權ヲ有スル裁判所ハ新法ニ依リテ廢止セラレタリ此場合ニ於テ其審理中ノ事件ハ果シテ如何ニ之ヲ處理スヘキカ 本問ニ付テハ絕對的舊法ノ適用ヲ爲スコトヲ得サルヤ多辯ヲ俟タス何トナレハ訴訟審理ノ程度奈邊ニ違スト雖モ其裁判所タルヤ既ニ國家ニ成立セサルモノナレハ獨リ裁判權ノミ存在スヘキ謂レナクハナリ然レトモ直チニ之ヲ以テ新法管轄裁判所ニ移スコト亦難カルヘシ何トナレハ一裁判所ハ他ノ裁判所ノ審理ヲ繼受ス

ルノ權ナケレハナリ故ニ此ノ如キ場合ニハ特別法ヲ制定シ之ニ依リテ以テ管轄ヲ定ムルノ外ナカルヘシ

第三款 刑事時効ニ關スル新舊二法ノ牴觸

刑事時効トハ時日ノ經過ニ因リ公訴權又ハ刑ノ執行權ヲ消滅スル方法ヲ謂フ刑事ノ時効ニ二種アリ一ハ犯罪ヨリ生スル公訴權ノ消滅ニシテ一ハ刑ノ言渡ヨリ生スル執行權ノ消滅所謂刑ノ期滿免除是ナリ此二者ノ時効ヲ設タル理由ハ共ニ同一ナリ從來ノ學者ハ國家ノ遺忘ニ因ルト謂ヒ予ハ國家ノ不必要ニ因ルト謂フ者ナリ其詳細ノ如キハ後段説ク所アラントス

時効ノ期間ニ關シテ新舊ノ二法其規定ヲ異ニスルトキハ何レノ法律ヲ適用スルヲ以テ可ナリトスルカ本問題ヲ決スルニ付テハ先ツ時効ニ關スル法律ノ性質如何ヲ研究スルコトヲ要ス時効ノ法律ハ實體法ナルヤ形式法ナルヤ今之ヲ一方ヨリ觀察スレハ時効ノ法律ハ形式上ノ法律ナルカ如何トナレハ時効ハ犯罪ノ訴追又ハ刑ノ執行ニ關スル條件ノ規定ニ過キズレハナリ然レトモ亦之

ヲ他ノ一方ヨリ觀ルトキハ實體法ノ性質ヲ有スルニ似タリ何トナレム時効ハ犯罪ノ消滅又ハ刑ノ消滅ノ原因ナレハナリ是ニ於テ職論百出ス左ニ其二ノ重要ナル説ヲ掲ケン

第一説 此説ニ於テハ公訴ノ時効ニ付テハ犯罪當時刑ノ時効ニ付テハ裁判宣告當時ノ法律ヲ適用スヘシト云フニ在リ其理由ニ曰ク凡ソ犯人ノ責任ヲ定ムルハ犯罪當時ノ法律ニ依ルヘク此法律以外ニ於テ特別ノ責任ヲ負擔セシムヘキニ非ス既ニ犯罪當時ノ法律ニ依リテ其責任ヲ定ムヘシトセハ犯罪ヲ消滅ニ關スル公訴ノ時効ハ犯人ノ責任問題ニ屬スルモノナレハ犯罪當時ノ法律ニ依ルヘキヤ蓋シ明カナリ刑ノ時効ニ付テモ亦然リ刑ノ時効ハ執行權ノ消滅ニ關スル問題ニシテ而シテ其執行權ハ刑ノ宣告アリテ始メテ定ムルモノナレハ其宣告當時ノ法律ヲ適用スヘキヤ亦知ルヘキノミト然レトモ此論稍ヤ不條理ニ流ルルノ傾向ナキニ非ス何トナレハ舊法ノ時効期間新法ノ時効期間ヨリ長キ場合ニ於テ舊法ヲ適用スルノ甚タ不可ナルコトアレハナリ例ヘハ舊法ハ其時効期間ヲ十年トシタリ而シテ犯人ハ逃レテ既ニ八年ノ星霜ヲ經過シタルニ當

新法出テテ其時効期間ヲ短縮シテ五年ト爲シタリ若シ第一説ニ從ビ尙ホ舊法ヲ適用スヘシトセハ新法發布後尙ホ二年ノ經過ヲ俟タサルヘカラス然ルニ新法ハ十年ノ期間ヲ以テ不必要ナリトシ之ヲ短縮シテ五年ト爲シタルモノナリ然ラハ則チ舊法ノ適用ハ國家カ認メテ以テ不必要ナリトシ之ヲ行フヲ欲セサル所ノモノヲ行ハサルヘカラス是レ予カ第一説ヲ以テ不條理ニ流ルルノ傾向アリト云フ所以ナリ故ヲ以テ新法ニ於テ舊法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ當リテハ新法ヲ適用スルヲ以テ可ナリトス

第二説 是レ全ク前説ニ反スルノ説ニシテ公訴ノ時効ト刑ノ時効トヲ問ヘス常ニ新法ヲ適用スヘシト云フニ在リ其理由ニ曰ク元來法律ハ國家ノ必要上之ヲ制定シタルモノナリ新法ハ舊法ニ比シテ國家ノ利益ヲ増進スルノ勝レルコトアルヲ信シテ之ヲ制定シタルモノナリ然ラハ新法ノ適用ハ善良ノ法律ヲ適用シテ國家ノ必要ニ應スルモノナレハ之ヲ適用スル固ヨリ當然ノミ且刑法ヲシテ既往ニ遡ラシメサル所以ノモノハ犯人ノ既得權ヲ害スルノ恐アルヲ以テナリ故ニ若シ新法ニシテ既得權ヲ害セサルニ於テハ之ヲ既往ニ遡ラシムル

モ亦不可アルコトナケン時効ノ規則ニ關シテハ犯人モ檢事モ新法ノ適用ヲ爲スニ付テ毫モ既得權ヲ害セザルルコトナキモノナリ犯人ニ付テ云ハシカ新法ノ時代ニ至ルマテ僧匿又ハ逃亡シテ公訴ノ提起又ハ刑ヲ執行ヲ免レタルハ犯人ノ權利ナリト謂フヘカラサルノミナラス實ニ國家ニ對スルノ義務ヲ免レタルモノナリ其時効經過後ニ至リテハ罰セラルルナキノ權利ヲ得ルト雖モ其期間經過中ハ唯一ノ希望ヲ有スト謂フニ過キス希望ニハ失望ノ相伴フアリテ之ヲ失ハシムルモ決シテ權利ヲ害スルモノナリト謂フヘカラス況ヤ犯人一己ノ私益ノ爲メニ國家一般ノ公益ヲ枉クル能ハサルニ於テヤ又檢事ニ付テ觀察スルモ亦然リ檢事ハ國家ノ代表者トシテ公訴ヲ提起スルモノナレハ國家ノ欲スル所ノ新法ヲ適用スルモ毫モ其權利ヲ侵害セラレタルモノナリト謂フヲ得サルナリト予ハ第二說ヲ採ル者ナリ然ルニ論者第二說ヲ非難シテ曰ク現行刑事訴訟法ニ依レハ公訴私訴ノ時効期間ハ其ニ同一ナリ故ヲ以テ被害者ノ損害回復ヲ求ムルニ付テハ常ニ公訴時効期間ノ如何ヲ顧ミサルヘカラス今新法ニ於テ時効期間ヲ短縮シタリトセンニ公訴時効ノ經過ト共ニ私訴モ亦消滅スル

モノナレハ是レ舊法ニ依リテ私訴ヲ提起セント欲セシ被害者ノ豫想ニ反セ基既得權ヲ害スルモノナリト然レトモ予ハ此弊害アリトスルモ尙ホ第二說ニ左祖セサルヲ得サルノ理由アルヲ信ス即チ(一)刑事訴訟法ニ於テ公訴私訴ノ時効期間ヲ同一ニシタルハ被害者ヲ保護スルノ趣旨ニ非スシテ國家ノ公益ヲ保護セントスルニ在リ既ニ然リトセハ何人ト雖モ一箇人ノ私益ノ爲メニ國家ノ公益ヲ害スルコトヲ得ス故ニ公益私益ノ相抵觸スルトキハ私益ヲ捨テテ以テ公益ニ從ハサルヘカラサルヤ亦當然ナリトス(二)私訴ニ付キ被害者カ既得權ヲ害セラルルト云フハ唯新法ノ時効期間ヲ短縮シタル場合ニ限ル若シ新法ニ於テ其時効期間ヲ延長シタルトキハ被害者ハ國家ト共ニ利益ヲ受クルモノナリ故ニ新法ノ適用ハ絕對的ニ被害者ヲ害スルモノニ非ス是レ予カ第二說ヲ固持スル所以ナリ

第三說 此說ハ新舊二法ヲ比較シ以テ被告人ニ利益ナル法律ヲ適用スヘシト云フニ在リ然レトモ時効ノ規則ハ被告人ノ爲メニ之ヲ設クルニ非スシテ國家ノ爲メニ設クルモノタルコトヲ想像セハ蓋シ思ヒ半ニ過クルモノアラン

第二節 犯罪ノ場所及人

第一款 總論

犯罪ノ場所及人ニ關スル問題ハ國際刑法ニ屬シ其關係スル所最モ廣大ニシ
ク且緊要ナリ然ルニ現行法ハ此問題ニ關シテ一言ノ規定ヲ爲シタルモノナシ
畢竟現行刑法ハ犯罪ノ場所及人ニ關シ深ク顧慮スル所ナシ蓋シ刑法制定ノ
當時ハ治外法權行ハレシヲ以テ我國領土外ニ於ケル犯罪ニハ我刑法ヲ適用ス
ル能ハサリシカ故ナリ爾來星移リ物變リ國家ノ發達進歩スルニ伴ヒ漸ク近年
ニ至リ治外法權ヲ撤去シ其屈辱ヲ免ルルニ至リシヲ以テ犯罪ノ場所及人ニ
關スル國際刑法ノ規定ヲ爲スノ必要ヲ深ク感スルト同時ニ學理上又ハ解釋上
大ニ其不足ヲ補ハサルヘカラサルナリ
抑モ刑法ハ如何ナル土地又如何ナル人ニ對シテ行ハルヘキモノナルヤ此問題
ニ付キ所說多シト雖モ先ツ其主要ナルモノヲ舉クレハ左ノ如シ
第一 屬地主義 此主義ハ萬邦割據ノ因襲ニシテ刑法ハ一國ノ領土内ニアラ

テレハ效力ヲ有セサルカ故ニ其領土内ニ在リテ罪ヲ犯シタルモノハ國籍ノ如
何ヲ問ハス必ス犯罪國ノ刑法ヲ適用スヘシト雖モ其領土外ニ於ケル犯罪ニ對
シテハ之ヲ適用スルコトヲ得スト云フニ在リ
第二 屬人主義 此主義ニ依レハ刑法ハ一國主權ノ作用ナルカ故ニ其國民ニ
對シテハ內國ニ在ル者ト外國ニ在ル者ト問ハス常ニ之ヲ適用スヘシト雖モ
外國人ニ對シテハ其國權ノ之ニ及フヘキノ謂レナキカ故ニ內國ニ在ルトキ
雖モ之ヲ適用スルヲ得ス況ヤ外國ニ在ル場合ニ於テヤ
第三 折衷主義 此主義ハ第一及第二ノ主義ヲ折衷シタルモノニシテ刑法
ハ其國ノ領土内ニ於テハ內外國人ヲ問ハス之ヲ適用シ且其國民ニ對シテハ假
令外國ニ在リト雖モ尙ホ追隨シテ之ヲ適用スヘシト云フニ在リ
以上ノ三主義中第二ハ殆ト論スルノ價值ナシ元來刑法ノ目的ハ實ニ其國ノ安
寧秩序ヲ保護スルニ在リ然ルニ安寧秩序ヲ紊亂シタル者內國人ナルトキハ之
ヲ罰スルコトヲ得外國人ナルトキハ其蓋然ナルニ放任シテ之ヲ罰スルヲ得ス
トモ何レノ日カ刑法ノ目的ヲ達スベコトヲ得シ其價值ナキノ論タル蓋シ知

ルヘキノミ第一說ニ至リテハ多少取ルヘキモノアリト雖モ亦非難アルヲ免
 レス何トナレハ其國ノ領土内ノ犯罪ハ内外國人ヲ問ハス之ヲ罰スヘシト爲ス
 カ故ニ其領土内ニ起レル犯罪ニ付テハ之カ防衛ヲ爲スコトヲ得ヘシト雖モ其
 領土外ニ於ケル犯罪ニ對シテハ到底本國ノ主權ヲ行フニ途ナカラントス凡
 犯罪ハ必スシモ内國ニ於テモナルヘカラサルニ非ス若シ領土外ニ於テ犯罪ヲ犯
 ストキハ能ク内國刑法ノ制裁ヲ免ルルモノトモハ國內ノ惡徒ハ皆悉ク國境ヲ
 出テテ外國ニ行キ罪ヲ犯スニ至ラン而シテ犯人ノ歸來スルヤ其本國ノ刑罰之
 ヲ待ツモノナシト云フニ至リテハ犯人ハ其本國ヲ以テ安樂土ト爲スモ遂ニ如
 何トモ爲スヘカラザラントス我日本ノ如ク四面海ヲ環ラスノ島國ニ於テハ其
 弊ヲ被ルコト甚タ大ナラスト雖モ歐洲諸邦ノ如ク僅ニ一帯水一山嶺ヲ以テ國
 境ト爲スノ大陸ニ至リテハ其弊一層大ナルモノアラシ況ヤ此種ノ如キ犯人ハ
 特ニ之ヲ懲スコト嚴ナルニ非スンハ益其弊惡殘毒ノ禍害ヲ恣ニシ内國ニ於テ
 モ亦罪ヲ犯スノ危險アルヲ恐アルニ於テヤ故ニ刑法ノ適用ニ決シテ其犯罪
 地ノ内國タルト又外國タルトヲ問フヘキモノニ非サルヤ自ラ明カナリ隨テ屬

地主義ノ不完全ナルコトモ亦知ルヘキノミ第三說ノ折衷主義ニ至リテハ屬地
 屬人ノ兩主義ヲ包含スルカ故ニ其說大ニ見ルヘキモノアリト雖モ是レ未タ刑
 法ノ精神ヲ貫徹セシムルニ足ルヘキノ說ニ非サルナリ蓋シ此主義ニ於テハ内
 國ニ在リテ犯罪ヲ犯シタル場合ヲ罰スルコトヲ得ルト雖モ外國人カ外國ニ在リ
 テ日本國又ハ日本人ニ對シテ犯罪ヲ犯シタル場合ニ付テハ之カ制裁ヲ加フルコ
 トヲ得ス若シ此等ノ場合ニ於テ尙ホ之ヲ罰スルコトヲ得ストセシカ刑法ノ目
 的ハ到底之ヲ完全ニ達スルコトヲ得サルヘシ故ニ予ハ第三說ノ折衷主義ニモ
 服スル能ハサルナリ

第四 保護主義 此主義ハ元來ヲルトラン氏ノ唱道セシ所ニシテ最近獨逸刑
 法學者モ亦大ニ之ニ賛同ス其目的最モ廣ク刑法ノ主權ヲ及ボザント欲スルニ
 在リ即チ刑法ハ内國ニ於テ犯罪タル罪ニ付テハ内外人ノ區別ナク之ヲ適用シ
 又外國ニ於テ犯罪タル犯罪ニ付テモ内國ノ自體又ハ内國人民ニ對スル場合ニ
 於テハ内國人ト外國人トヲ論セス常ニ之ヲ適用スヘシト云フニ在リ新刑法草
 案ハ此主義ヲ採用セリ草案第三條ニ曰ク法律ハ何人ヲ問ハス帝國内ニ於テ犯

シタル罪ニ之ヲ適用ス其第二項ニ「帝國外ニ在ル帝國艦船内ノ犯罪ニ付キ亦同
シ同第四條ニ曰ク法律ハ何人ヲ問ハス帝國外ニ於テ皇室又ハ帝國ニ對シテ犯
シタル重罪ニ之ヲ適用スト元來刑法ノ目的ハ一國ノ安寧ヲ維持セント欲スル
ニ外ナラス然ラハ則チ内國ニ於テ罪ヲ犯ス者ハ其内國人タルト外國人タルト
ヲ問ハス共ニ内國ノ安寧ヲ妨害スルモノナレハ内國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰
スヘキハ理ノ當然ナリ屬地主義ノ論據モ亦蓋シ此ニ在リトス然レトモ刑法ノ
主權唯内國ニ限ラルルモノトスレハ外國ニ在リテ内國ノ安寧ヲ妨害シ又外國
ニ在ル我人民ノ安寧ヲ妨害スル者アルモ克ク之ヲ罰クニ途ナカラントス許多
ノ外國各其刑法ヲ有スト雖モ其刑法固ヨリ我刑法ト同一ナルモノニ非サレ
ハ我内國又ハ我人民ヲ保護スルニ於テ十分ノ效力ヲ備フルモノナリト謂フコ
トヲ得ス況ヤ蠻俗未タ一國ノ體面ヲ具フル能ハス法律ノ何モノタルヲ解セサ
ルノ土地ニ於テヲヤ此ノ如キ場合ニ於テハ或ハ犯罪人引渡條約ノ方法ニ依リ
或ハ征蠻ノ方法ニ依リ宜シク其犯罪人ヲシテ我内國ニ來ラシメ因テ以テ之ヲ
罰スヘキナリ是ニ於テカ刑法ハ克ク我國ノ治安ヲ維持シ又克ク我國民ノ安寧

ヲ保護スルノ目的ヲ達スルコトヲ得ン予モ亦此主義ヲ主張スル者ナリ惟フニ
刑法ノ主權ハ道理上此ノ如ク廣大ナラサルヘカラス又刑法ノ效力ハ實際上此
ノ如ク適切ナラサルヘカラスアルモノアレハナリ

第二款 犯罪ノ場所

犯罪ノ場所ニ關スル刑法ノ原則ヲ説クニ當リ予ハ左ノ二問題ニ區別シテ之ヲ
論セントス

第一問題 日本刑法ハ如何ナル土地ニ其效力ヲ及ボスヘキヤ
日本刑法ハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルヲ以テ其目的ト爲スモノナレハ日本
全土ニ於テ其效力ヲ及ボスヘキヤ敢テ多言ヲ要セサルナリ然レトモ管ニ日本
國內ノ犯罪ヲ罰スルノミヲ以テ未タ刑法ノ能事了レリト謂フヘカラス故ニ外
國ニ起レル犯罪ト雖モ日本國ノ危害ト爲ルヘキモノハ尙ホ日本刑法ヲ適用ス
ヘキナリ何トナレハ日本國ノ安寧秩序ヲ維持スルノ目的ヲ有スル刑法ニシテ
其安寧秩序ヲ紊亂セラレテ尙ホ之ニ甘セサルヘカラスアルノ理由ナグレハナリ

是レ予ノ總論ニ於テ述ヘタル所ノ保護主義ノ由リテ生スル所以ナリ現行刑法ニ於テハ國外ノ犯罪ニ關シテ何等ノ規定ナキヲ以テ解釋上敢テ刑法ノ主權ヲ擴充スヘカラスト雖モ立法上之ヲ觀察スレハ其必ス此ノ如ク爲ラサルヘカサルモノアルヲ信スルナリ實ニ刑法草案ハ之ニ關シテ明文ヲ設ケタリ日本領土トハ果シテ如何ナルモノヲ謂フカ刑法上一國ノ領土ト稱スルハ單ニ地理學上一國ヲ組織スル土地ノ區域ヲ指示スルモノニ非スシテ苟モ日本國ノ統治權ノ及フ限ハ其何處タルヲ問ハス之ヲ日本領土ト稱ス故ニ地理學上ノ統治權トハ廣狹ノ差アリ今左ニ日本領土ト看做スヘキモノヲ列舉セン

(一) 日本領海 領海トハ我國ヲ圍繞スル海ノ陸地ニ接近シタル部分ニシテ海岸ト看做ス處ヨリ海中ニ向テ六海里ノ範圍内ヲ謂フ此範圍内ハ恰モ我陸地ト同一ニシテ我海ナリト謂フコトヲ得元來海ハ國際公法ノ原則上萬國公共ノ通路ニシテ各國自由ニ之ヲ用フルコトヲ得即チ海ハ各國ニ通シテ自由ニシテ所有權ハ何國ト雖モ之ヲ有セサルナリ此原則タル第一海洋ニ對シテハ何レノ國モ間斷ナク其主權ヲ行フコトヲ得サルト第二各國ハ海洋ニ依ルニ非スシハ交

通ノ便ヲ得ル能ハサルヨリ來リタルモノナリ然レトモ此原則ニ對シテハ一國ノ必要上多少ノ例外ヲ認ムルアリ蓋シ一國ノ海邊向ホ之ヲ萬國公共ノモノナリトシテ其自由ノ航路ニ供セシカ以テ其國ノ防禦ヲ同クスルノ途ニ非ス況ヤ其近海ニ在リテハ何時ト雖モ間斷ナク其主權ヲ行フコトヲ得亦困難ナラザレハナリ是レ實ニ領海問題ノ由リテ生スル所以ナリ從來領海トハ其國ニ於テ使用スル砲彈ノ達著距離ヲ以テ其境界ト爲セリ故ニ彈力ノ強弱ハ領海ノ廣狹ヲ異ニスルノ結果ヲ生シ各國ノ領海未タ會テ一定セザリキ後ニ至リ此原則ヲ改メ各國ノ領海ハ其海岸ヲ去ルコト三海里ヲ以テ其境ト爲セリ然ルニ各國ハ文明ノ進歩ニ從ヒ種種精巧ナル武器ヲ發明シ就中十海里以上ノ彈力ヲ有スル大砲ヲ發明スルニ至リシヨリ五六年以前巴里國際法會議ニ於テ三海里ヲ改メ六海里ト爲セリ而シテ海岸凸凹ノ場所ノ爲メ海里測定ノ困難ナルトキハ最も甚シキ輪形ノ海ハ灣口ノ距離ノ左右ヨリ測リ其ニ六海里以内ハ領海ト認ムルコトト決定セリ故ニ右距離カ六海里以外ナレハ其部分ハ領海ニ非ス六海里以内ハ領海ニシテ此區域内ニ於ケル犯罪ハ現行法ニ於テ處罰スルコトヲ得ルナリ

(二) 船舶 國際法ニ依レハ各國ノ船舶ハ其領土ナリト看做スカ故ニ日本船舶ハ其商船タルト軍艦タルトヲ問ハス均シク之ヲ日本領土ト看做スヲ得隨テ其船舶内ニ於ケル犯罪ニ對シテハ日本刑法ヲ適用スルヲ以テ原則トス然レトモ此原則ヲ適用スルニ於テ軍艦ニ付テハ何等ノ例外ヲ見スト雖モ商船ニ付テハ其内國領海又ハ公海ニ在ル場合ト其外國領海ニ在ル場合トニ由リ多少差異ナキ能ハス今左ノ區別ニ就テ説明スル所アラントス

(1) 船舶カ其内國領海又ハ公海ニ在ル場合 船舶カ其内國領海ニ在ル場合ニ付テハ毫モ疑テ容ルルノ餘地ナク當然其國ノ刑法ヲ適用シテ可ナリ其公海ニ在ル場合ニ於テハ何レノ國ノ主權ノ支配ヲモ受クヘキモノニ非ザルヲ以テ船舶所屬國ノ刑法ヲ適用スヘキヤ勿論ナリ

(2) 船舶カ外國領海ニ在ル場合 船舶カ外國領海ニ在ル場合ニ於テハ二國間ニ於テ主權ノ抵觸ヲ見ル即チ領地内ノ犯罪ハ其國主權ノ支配ヲ受クヘキハ當然ナリ然ルニ船舶ハ其屬スル國ノ領地ノ一部ナリト看做ストキハ其所屬國ノ主權之ニ及ハサルヘカラス然ラハ如何ニ之ヲ處理スベキカ國際公法ノ

刑法總論

犯罪事實 犯罪ノ時、場所、人 犯罪ノ場所及人

(合)軍艦ニ付テハ全ク反對ノ論決ヲ與ヘサルヘカラス抑モ軍艦ハ其國防禦ノ用ニ供スルモノニシテ内地ノ砲臺トモ擇フ所ナシ左レハ我領地内ニ於テハ外國主權ノ侵入ヲ許スヘキノ理由ナキヲ以テ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ決シテ其碇泊地ノ法律ヲ適用スヘキモノニ非ス實ニ刑法ハ命令ノ性質ヲ有スルモノナレバ治者ト被治者トノ關係ヲ有スルモノノ間ニ非サレバ得テ行ハルヘキニ非ス隨テ平等ノ權利ヲ有スルモノノ間ニ於テ之行フコトヲ得ス國ハ各自主獨立ノ權ヲ有シテ互ニ相侵スコトヲ許サザレバ如何ナル場合ニ於テモ一國ハ他ノ一國ニ對シテ其主權即チ命令ノ法律ヲ行フコトヲ得ズ平等權ヲ有スル國ト國トノ關係ニ於テハ唯防禦權ノアルノミ決シテ刑罰權ノ存スルモノニ非ス故ニ軍艦内ノ犯罪ニ對シテハ其碇泊港ノ刑法ヲ適用スルノ限ニ在ラス若シ軍艦ニシテ碇泊港ノ治安ヲ紊亂セシムルカ如キ行爲アランカ其國ハ之ニ對シテ唯防禦權ヲ行フヲ得ルノミ決シテ刑罰權ヲ行フヲ得ス而シテ今日ニ於テハ獨リ軍艦ノミナラス郵便船モ亦我主權者ノ支配ヲ受ケ軍艦ト同一ノ取扱ヲ爲スノ慣例ヲ生スルニ至レリ蓋シ郵便船モ亦其

任務重大ナルヲ以テテ故テ其ノ兵艦ニ於テ其國ノ法律ヲ適用シテ之ヲ罰スヘキヤ兵員カ其職務ヲ以テ上陸シタル場合ニ於テ我刑法ヲ適用スヘカラサルコトハ何人モ疑フ容レズト雖モ其ノ箇人ノ資格ヲ以テ上陸シタル場合ニ於テハ或ハ我刑法ヲ適用スヘシト論スル者アリ或ハ所屬國ノ刑法ヲ適用スヘシト説ク者アリテ議論未タ一途ニ歸セズ予ハ場合ヲ區別シテ論セシト欲ス或ハ此兵員上陸中所屬國ノ軍律ヲ犯シタルトキハ所屬國ノ軍律ヲ適用スヘシ決シテ我刑法ヲ適用スルコトヲ得サルベシ或ハ普通刑法ヲ犯シタルトキハ我普通刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スヘシ軍艦内ニ在リテハ我法權ヲ及ボスヘカラストスルモ上陸中ノ水兵ハ實ニ箇人ニ過キサレハナリ

(三) 占領地 平時又ハ戰時ニ於テ我軍艦カ占領セシ外國領地ハ刑法ヲ適用シ我領土ナリト看做シ我國刑法ヲ適用ヲ爲スベキヤ當然ナリ然レトモ此ニ一ノ注意ヲ要スベキモノアリ即チ我軍隊ニシテ承諾上中立國又ハ同盟國ヲ通過又ハ占領スル場合ニ於テ犯罪ヲ發生シタルトキハ特別ノ約束之ナキ以上ハ我

軍隊ノ裁判權ハ唯軍人又ハ軍屬ノ資格ヲ有スル者ニ限ルヘキモノトス然レトモ戰鬪ノ結果ニ因リ我軍カ占領シタル外國領土ニ於テハ軍人又ハ軍屬ニ對シテ我裁判權ヲ行フノミニ非ス占領地一般人民ニ對シテモ亦我裁判權ヲ行ハサルヘカラサルナリ蓋シ戰鬪ニ原因スル占領ハ占領シタル一部ニ於テ敵國主權ノ執行ヲ遮斷スレハナリ我軍ハ實ニ該處ノ人々ニ對シテハ主權ヲ行使スルモノナリ故ニ該處ノ人民ハ我軍ノ命令ニ服スルモノトス然レモ實際ニ於テ我法律ヲ行フコトハ道理上何人モ批難スル所ニ非スト雖モ實際上屬非常ノ困難ヲ生スルコトアリ元來占領地ハ外國ナルヲ以テ直チニ我法律ヲ適用スルトキハ彼我ノ人情風俗大ニ異ナル所アルカ故ニ却テ占領地ノ人民ヲシテ不安ノ悲境ニ陥ラシムルノ恐アリ例ヘハ遼東半島ヲ占領シタリト假定セヨ清國人ハ阿片烟ヲ吸食スルノ自由ヲ有シ我國刑法現行法第二三七條乃至第二四二條改正草案第一六〇條乃至第一六五條ハ之ヲ禁止スルカ故ニ被占領地人民ハ大ニ困難ヲ生ス是レ治民ノ途ニ非ス凡ソ一國ノ法律ハ風土人情ニ依リテ制定セラレモノナルカ故ニ一朝占領ノ爲メニ直チニ一國ノ法律ヲ外國ニ及ボスヘカラス此ノ如キ場合ニ於テハ我國ニ於テ特別ノ法律ヲ制定シ彼國

ノ法律ヲ採リテ以テ我國法ト爲スノ策ヲ執ルニ若クハナシ然レモ戰鬪ノ結果ニ於テ我軍隊ニシテ承諾ヲ得テ外國ヲ通過スルトキハ我國ノ法律ヲ以テ支配スヘキモノナルコト前述セル所ナリ蓋シ一國ノ軍隊ハ一國ヲ擁護スルモノナルカ故ニ我軍隊ニ對シテハ外國ハ之ニ命令スルノ權能ナシ故ニ此場合ニ於ケル軍隊ノ犯罪ニ付テハ本國即チ我國法律ノ適用ヲ爲スモノナリ然レトモ此場合ニ於テハ唯兵士カ軍隊トシテ犯シタル場合ニ限リ我國ノ法律ヲ適用スルモノナカ故ニ我軍隊ニ非サル者ノ隨屬シテ罪ヲ犯シタルトキハ我國ノ法律ニ從フヘキモノニ非スシテ他國ノ法律ニ從フノ外ナク外國人カ我軍隊ニ對シテ犯罪ヲ行ヒ軍隊中害ヲ被リタル者アリト雖モ外國法律ノ適用ヲ受ケサルヘカラサルコト現行刑法上已ムヲ得サルナリ若シ刑法ノ改正ヲ實行スルトキハ草案ニ明示スルカ如ク我國ノ法律ニ依リテ罰セサルヘカラサルナリ又戰鬪ノ結果ニ對シテ外國法ニ依リテ罰スルモ我國法ニ依リテ罰スルトスルモ犯罪者ヲ處罰スルノ點ニ於テ異ナルナシ果シテ然ラハ二者何レニ依ルモ可ナルニ非スヤト此說一理ナキニ非スト雖モ然レトモ往往外國法ニ於テ其規定ヲ缺クコトアリ

ヲ斯ル場合ニ於テ若シ外國法ノミニ一任スルトキハ犯罪者ハ處罰ヲ免ルルノ結果ナシトセヌ要スルニ論者ノ説ハ採用スルニ由ナキナリ

(四) 治外法權ノ行ハルル外國ノ凡ソ獨立國ハ其領地全部ニ於テ統治權ヲ有スルカ故ニ其領地内ニ於ケル總テノ犯罪ニ對シ内外人ノ區別ナク常ニ自國ノ法律ヲ適用スルヲ以テ獨立國ノ本色トス然ルニ他ノ外國ニ對シテ特ニ其國人民ノ犯罪ニ限リ自國ノ裁判權ヲ行ハスシテ外國ノ裁判權ニ依ルコトヲ許スル條約ヲ締結スルトキハ之ヲ名ケテ治外法權ト云フ治外法權ノ行ハルル國ニ於テハ外國政府ハ大抵其派遣ノ領事廳ニ與フルニ特別ノ裁判權ヲ以テシ其所屬人民ノ犯罪ニ付テ裁判權ヲ行フ條約改正前歐洲諸國ノ政府カ我日本ニ於テ行ヒシ所ノ領事裁判又ハ日清戰爭後我政府カ清國又ハ朝鮮ニ於テ行フ所ノ領事裁判ハ其適例ナリ此ノ如ク治外法權ハ一國ト他國トノ間ニ締結シタル條約上ヨリ生スル特權ニ外ナラサレハ此特權ヲ有スル外國ハ此特權ニ從テ國ヲ目シテ自國ノ領土ナリト看做スコトヲ得ヌ蓋シ其特權ハ單ニ自國人民以テ制限セラレ決シテ他ノ人民ニ及ホスコトヲ得サレハナリ故ニ治外法權ハ刑法上ノ領

土問題ト關ハンヨリ事ハ一國内他ノ國ノ領土内ニ於テ有スル法律上ノ特權ナリト謂フヲ可トス故ニ治外法權ハ之カ爲メニ其國ノ獨立權ヲ侵害スルモノニ非シシテ法律ノ效力ノ一部ヲ制限シ或ハ一部ヲ行フコト能ハサレタルモノニシテ治外法權ナル文字ハ日本ノ譯語カ又ハ支那ノ譯語カ之ヲ知ラスト雖モ歐洲ノ言葉ニ依レハ土地ノ外ノ權利トアリ故ニ治外法權ノ場所即チ治外法權ト謂フヨリモ地外法權ト謂フヲ以テ適當ナリトスヘシ要スルニ文字ヲ異ニシテ其意味ヲ同シウスルモノナリ

治外法權ノ説明ニ付キ必要ナル問題二箇アリ(1) 治外法權ヲ有スルトキハ如何ナル方法ニ於テ裁判權ヲ執行スヘキヤ(2) 又如何ナル區域ニ於テ司法警察權ヲ行フコトヲ得ルヤ思フニ第一問題ハ我國法律ノ規定ニ從ハサルヘカラス第二問題ハ必ス條約ヲ依テ之ヲ決定セサルヘカラス我國ノ實際ヲ觀ルニ我國ト外國トノ間ニ締結シタル條約ニ依レハ外國政府ハ我國領土内ニ於テ其本國人民カ犯セシ罪ニ付キ管ニ裁判權ヲ有スルノミナラス尙ホ其犯罪ノ搜查逮捕ニ付テ司法警察權ヲ有スルモノナリ條約改正前神戶港ノ外國人居留地内ニ於

二國ニ牽連スルノ外觀アリテ一國ノ領地内ニ實行シタルニ過キサルモノアリ或ハ實際二國以上ニ牽連スルモノアリ之ヲ論スルニ付テハ三箇ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス。第一場合同日本領土内ニ於テ犯罪ノ構成條件中其一ヲ實行シタルハ其犯罪ハ全部日本ニ於テ發生シタル場合ニ同シ例ハ佛國ニ於テ其犯罪ヲ準備シ又續テ米國ニ於テ之ヲ準備スルモ刑法ハ犯罪ノ豫備ヲ罰セサルヲ以テ米國佛國ハ其犯罪ノ發生地カリト謂フコトヲ得ス然レトモ佛國又ハ米國ニ於テ犯罪構成ノ一條件ニ著手スルニ至リテハ佛國又ハ米國ハ其犯罪ニ付テ管轄權ヲ有セサルヘカラス而シテ犯罪ノ結果ニ至リテハ其何地ニ及フコトアルモ敢テ之ヲ問フノ必要ナキナリ之ヲ要スルニ日本領土内ニ於テ犯罪アリトセンニ唯我國ニ於テ其犯罪ノ準備及ヒ結果ヲ發生ヲ見タルノミヲ以テ足レリト爲スモノニ非ス否其準備結果ハ外國ニ於テ發生シタルトスルモ苟モ其犯罪構成ノ一條件即チ犯罪實行ノ一部カ我國領土内ニ於テ成功シタルノ事實アルトキハ常ニ日本ニ於ケル犯罪ナリト謂フコトヲ得ヘシ更ニ之ヲ約言スレハ犯罪實行ノ一部

ヲ行ヒタル場所カ日本領土ニ屬スルトキハ我刑法ヲ適用スヘク又同一ノ犯罪カ繼續シテ日本領土ニ跨レルトキモ亦我刑法ヲ適用スヘキナリ今左ニ其二ノ例ヲ掲ケン。第一例 我國ト露國ト相接續スルノ土地アリト假想シ其疆上ニ於テ露國領土内ヨリ發砲シテ日本領土内ノ者ヲ銃殺シタルトセンカ此場合ニ於テ果シテ何國ノ刑法ヲ適用スヘキヤ日本刑法ナルカ將タ露國刑法ナルカ元來殺人罪ハ一ノ結果犯罪ナルヲ以テ殺害ノ事實ハ其犯罪構成ノ必要條件ナリ今日日本領土内ニ於テ殺人罪構成ノ一條件即チ殺害ノ事實ヲ生シタル以上是レ實ニ日本領土内ノ犯罪ナルヲ以テ宜シク日本刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘシ而シテ其事實ノ相反セル場合ニ於テモ亦同一ノ論決ヲ下ササルヘカラス即チ我領土内ヨリ發砲シタルトセンカ發砲ノ事實ハ是レ殺人罪構成ノ一條件ナレハ其犯罪ヤ我國ノ管轄ニ屬シ我國ノ刑法ヲ適用スヘキナリ未遂犯ノ場合ニ於テモ亦然リ蓋シ被害者ノ幸不幸ハ未遂犯ノ構成上毫モ影響ヲ及ボスコトナキヲ以テ其斷定ノ異ナル理ナシ。第二例 日本海軍大尉ヨリ發射スル

第二例 在佛ノ佛國人日本ノ新聞紙ニ投書シテ日本總理大臣ヲ侮辱シタリ是レ亦前例ト同一ノ斷定ヲ下ササルヘカラス凡ソ新聞上ノ侮辱罪ハ公示ノ所爲ヲ以テ犯罪構成ノ一條件ト爲ス而シテ此條件ハ正ニ日本ニ於テ實行セラレタルモノナレハ我刑法ヲ以テ之ヲ罰スヘキヤ當然カリ

第三例 米國人其本國ヨリ在橫濱ノ日本商人ニ對シテ偽造證券ヲ發給シ金錢ヲ詐取シタリトセンカ此場合ニ於テモ亦同一ノ斷定ヲ下スコトヲ得ヘシ何トナレハ縱令證券ノ偽造地ハ米國ナリト雖モ詐欺取財ノ構成條件タル詐取ノ事實ハ日本領土内ナル橫濱ニ起レルモノナレハナリ

第二場合 分離スルコトヲ得ヘキ數箇ノ所爲ヲ結合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テ一部ノ所爲ハ日本領土内ニ於テ他ノ一部ハ外國領土内ニ於テ之ヲ實行シタル場合ニ於テモ亦同一ノ論決ヲ下スコトヲ得例ヘハ二繼續犯ノ如シ我國及ヒ他ノ國ニ於テモ亦不法監禁罪ヲ犯シタルトキハ我國ノ刑法ハ我國ニ於テ犯シタル監禁罪ニ適用セラレヘシ罪人藏匿罪勳章借用罪ノ如キモ亦然リ此等ノ犯罪ハ我國ニ於テ犯セル部分ト彼國ニ於テ犯セル部分トヲ併合シテ僅ニ

一罪ヲ構成スルニ過キスト雖モ其我國ニ於テ犯セル部分ニ付テモ亦既ニ一罪ヲ成スヲ以テ其部分ニ付テハ宜シク我刑法ヲ適用スヘキカラ(二)若シ夫レ我國ニ於ケル實行ノ行爲ハ繼續シテ外國ニ至リ或ハ加重ノ情狀ヲ構成シ或ハ犯罪ノ性質ヲ變更スルニ至ラハ我國ノ裁判官ハ其加重ノ情狀又ハ罪質變更ノ事實ハ指テ之ヲ問ハスシテ可ナリ唯我國ニ於ケル實行ノ部分ニ付テ我刑法ヲ適用センノミ但モ其被害者日本人ナルトキハ此限ニ在ラス

第三場合 分離スヘカラサル數箇ノ行爲ヲ結合シテ一犯罪ヲ構成スル場合ニ於テハ時ト場所トノ關係ニ因リ其行爲分レテ日本及ヒ外國間ニ跨ルコトアリト雖モ其犯罪ヲ構成スル主タル行爲ノ實行地ノ裁判所ニ於テ犯罪全部ノ管轄權ヲ有ス故ニ(1)其犯罪ノ構成上主タル行爲ノ實行地ハ日本領土内ニ在リトセンカ外國ニ在リテ此犯罪ニ加擔シタル者ハ其日本人ナルト外國人ナルト間ハス皆日本法律ニ從テ之ヲ處斷スヘシ(2)犯罪ノ實行地ハ外國人土内ニ在リトセンカ日本ニ在リテ此犯罪ニ加擔シタル者ハ其日本人ナルト外國人ナルトヲ論セス盡ク外國法律ニ從テ之ヲ罰セサルヘカラス例ヘハ在米國ノ米國人在橫

演ノ日本人ヲ教唆スルニ謀殺又ハ偽造罪ヲ犯スノ事ヲ以テス日本人之ニ應シ
日本ニ於テ殺人罪又ハ偽造罪ヲ犯シタリト假定セシニ日本裁判所ハ日本人ノ
犯罪ニ付キ管轄權ヲ有スルハ勿論教唆者タル米國人ニ對シテモ亦審判ノ權利
ヲ有スヘシ此場合ニ於テ香港ニ於テ從犯ノ行爲ヲ爲シタル支那人アリトスレ
ハ是レ亦我國裁判所ニ於テ審理判決セサルヘカラス蓋シ此犯罪ニ關スル諸般
ノ加増行爲ハ其性質不可分ノモノニシテ單ニ日本ニ於テ實行シタル殺人又ハ
偽造ノ一罪ヲ構成スルニ過キサルモノナレハ尙ホ日本ニ於テ諸般ノ加増行爲
ヲ行ヒタル場合ノ如ク外國ニ於ケル總テノ加増行爲ニ付キ裁判權ヲ有スヘキ
ヤ明カナリ之ニ反シ在横濱ノ日本人米國人國ヲ教唆シテ在桑港ノ佛國人ヲ殺害
セシム此場合ニ於テ米國政府ハ單ニ其殺人犯罪者ヲ罰スルノ權利ヲ有スル
ミナラス犯罪ノ教唆者タル在横濱ノ日本人ヲモ併セテ之ヲ罰スルノ權利ヲ有
ス既ニ桑港ニ於テ犯罪ノ主要行爲ヲ行ヒタルトキハ之下牽連シテ分ツヘカ
タル諸般ノ行爲ハ悉ク之ヲ主要行爲ニ併合セシメサルヘカラス何トナレハ在
横濱ノ日本人ヲ教唆モ桑港ニ於ケル殺害行爲即チ殺人罪ノ正犯成立セサル

第三款 犯罪ノ人

第一款 日本領土内ニ在ル人ニ關スル場合

凡ツ何人ト雖モ日本領土内ニ在リテ日本刑法ヲ犯シタル者ハ日本法律ニ從テ處罰ヲ受ケサルヘカラスニモ刑法ノ原則ナリ然レモ内國公法又ハ國際法ノ關係ヨリシテ嚴格ニ此原則ノ適用ヲ許ササルコトアリ即チ或ハ内國ニ於テ行ヒタル犯罪ニ付キ其責ニ任セサル者アリ或ハ或場合ニ於テ或種ノ犯罪ニ付キ其責ニ任セサル者アリ或ハ内國ニ於テ行ヒタル犯罪ニ付テ其責任ヲ免ルルコト能ハサルモ日本法律ノ處斷ヲ受ケヘカサル者アリ是ニ於テカ刑法ノ適用上左ノ例外ヲ見ル

第一 内國公法ヨリ出ツル例外

(一) 天皇 憲法第三條ニ曰ク「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラスト抑、憲法ハ何ヲ以テ此條文ヲ掲グルニ至リシカ是レ實ニ憲法問題ノ範圍ニ屬スルヲ以テ予輩深ク愛ム之ヲ研究スルコトヲ欲セス唯其大要ヲ一言センノミ夫レハ天皇ハ一國統治權ノ總攬者ニシテ立法行政二大權ノ由リテ出ツル原動機タリ此原動機ハ諸般ノ命令ヲ下スノ權利ヲ有スヘク何等ノ命令ヲ受クルノ義務ヲ有ス者ニ非サルナリ而シテ刑法ハ一ノ命令法ニ過キサレハ之ヲ以テ命令ノ發動者タル天皇ニ及ホスコト能ハサルヤ理ノ當然ナリ憲法ハ此趣旨ヲ規定シタルニ外ナラサルヘシ

(二) 帝國議會ノ議員 憲法第五十二條ニ曰ク「兩議院ノ議員ハ議院ニ於テ發言シタル意見及ヒ表決ニ付院外ニ於テ責ヲ負フコトナシ云云」故ニ兩院ノ議員カ議院内ニ於テ發言シタル事項又ハ表決シタル事項ニシテ總令刑法上ノ犯罪行為ニ涉ルコトアリトスルモ議院外ニ於テ刑法上ノ責任ヲ負フコトナシ蓋シ議員ハ國政ノ審議ニ參スルモノナレバ屢々政府ノ失政ヲ舉ケ辯難攻撃スルノ已ム

ヘカラサル場合之ナシトモス若シ夫レ此等ノ場合ニ於テ其議論ノ一言一句ヲ以テ政府ヲ侮辱シ又ハ官吏ヲ罵詈雑言シタリトシテ悉ク之ヲ咎メ直チニ捕ヘテ以テ獄ニ下スカ如キコトアリトモシカ議員ハ違ニ言論ノ自由ヲ失ヒ甚シキニ至リタハ唯政府ノ鼻息ヲ窺フニ汲汲トシテ其議員タル職務ヲ盡ス能ハサルニ至ルノミナラス或ハ其職務ヲ汚辱スルノ行為ヲ爲シテ尙ホ顧ミルニ迫アラザラントス要ハ議員ヲシテ其職務ノ執行ヲ完ウセシメンカ爲メニ設ケタル所ノ例外ナリ是レ議院内ノ言論上ノ犯罪ニ付キ其責任ヲ免ルル場合ナリ然レトモ此例外法ハ唯議院内ニ於テ發言シタル意見竝ニ表決ニ關スルモノナレハ其以外ノ犯罪ニ付テハ固ヨリ例外法ノ支配スル限ニ在ラス例ヘハ議員ハ議院内ニ於テ毆打創傷罪ヲ犯シ又ハ竊盜罪ヲ犯シタル場合ノ如キハ通常ノ規定ニ照シ處分ヲ爲スヘキノミ

第二 國際公法ヨリ出ツル例外 各國ノ主權者外國ニ旅行スルトキハ其目的ノ那邊ニ在ルヲ問ハス外國ノ刑法上ニ於テモ不可侵ノ特權ヲ有スルコト國際公法ノ通慣ナリ

蓋シ外國君主ニ其本國ノ元首ニシテ其本國ヲ代表スルモノナルハ其資格ニ於テ又其權利ニ於テ我國君主ト同等ナリ既ニ我君主ト同等ナル以上之ヲ加フルニ命令ノ性質アル刑法ノ制裁ヲ以テスヘカラサルヤ多辯ヲ挾タサル所ニシテ是レ全タ刑法上ノ責任ヲ免ルルノ場合ナリ

(二) 外國使臣 國際公法ノ原則トシテ外國ノ使臣ハ勿論モ外交官ノ名稱ヲ有スル者ハ其派遣權ノ法權ニ服從スヘキモノニ非ス今國際公法ニ於テ此原則ヲ認ムルニ至リシ所以ノ理由ニアリ

第一 外國使臣ハ其本國政府ヨリ使命ノ委任ヲ受ケ其權限内ニ於テ本國ヲ代表スルモノナレハ命令的ノ刑法ヲ以テ彼ニ加フヘキノ理ナシ若シ彼ニ於テ我國ノ治安ヲ妨害スルノ行爲アラハ本國政府ニ通牒シテ其處分ヲ求メシモノ獨立ノ二國家間ニ於テハ防衛權ノ存スルアルモ刑罰權ノ存スルコトナシ是レ外國使臣ニ對シテ日本刑法ヲ適用スヘカサル理由ノ一ナリ

第二 外國使臣ノ獨立權ハ實ニ其職務ノ執行ニ關シテ十分ナル擔保ヲ爲スモノナリ若シ其犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行フコトヲ得ルトキハ管理ノ必要上

第二 外國使臣ノ獨立權ハ實ニ其職務ノ執行ニ關シテ十分ナル擔保ヲ爲ス
モノナリ 若シ其犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行フコトヲ得ルトセバ審理ノ必要上

或ハ家宅搜索ヲ爲スルニ已ムヲ得ル場合ヲ生スルコトアラシ隨テ外交上ノ
秘密ヲ發キ之ヲ顧ミサルニ至ラン今試ニ被派遣國ニ於テ外國使臣ヲ罰スル
コトヲ得ルトヒンカ被派遣國ハ屬ノ名ヲ犯罪ノ嫌疑ニ籍リテ使臣ノ身體ヲ
拘束シ公使館ノ搜查ヲ爲シ外國使臣ノ職務ヲシテ一日モ晏然トシテ之ヲ行
スルコトヲ得ル能ハサラシメントス是レ外國使臣ニ對シテ我法權ヲ行フヘ
カラサル理由ノ二ナリ

(二) 注意 外國ノ隨行員ニシテ其職務ノ執行ニ關係ナキ者ニ至リテハ不可侵ノ原則ヲ適用スヘキ限ニ在ラサルニ似タリ然レトモ是レ亦國際法ノ慣例トシテ使臣ノ家族モ亦此原則ノ利益ヲ受クルコトヲ爲レリ蓋シ家族ノ犯罪ニ付テモ尙ホ使臣ノ犯罪ニ於ケルト同一ノ結果ヲ生スルコトアルヘキヲ以テナリ

(三) 注意 公使館ハ不可侵ナリ是レ上來述ヘタル原則ヨリ生スル當然ノ結果ナリ故ニ若シ公使館員ニ非ナル者館内ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ館外ヨリ逸入シタル場合ノ如キハ公使館ノ承諾ヲ得タル後ニ非テ之ヲ逮捕ス

結果ナリ故ニ若シ公使館員ニ非サル者館内ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ館外ヨリ
逃入シタル場合ノ如キハ公使館ノ承諾ヲ得タル後ニ非サレハ之ヲ逮捕ス

ルコトヲ得ス即チ裁判所ハ之ヲ司法省ニ照會シ司法省ハ外務省ヲ經テ之ヲ公使館ニ照會シ其承諾ヲ得テ始メテ裁判所ハ公使館ニ臨ムコトヲ得或論者曰ク公使館ニ對シテ不可侵ヲ認ムル所以ノモノハ是レ公使館ヲ以テ本國政府ノ一部ト看做スヲ以テナリト此說ハ大ニ誤レリ試ニ這般ノ論鋒ヲ以テ論センカ即チ之ニ對シテ本國領土ト同一ノ取扱ヲ爲ササルヘカラス此結果館内ノ犯罪ハ外國ニ於ケル犯罪ト均シク犯罪人引渡條約ニ依ルニ非サレハ犯人ノ引渡ヲ爲スヘカラサルニ至ラン夫レ此ノ如ク公使館ヲ以テ外國ノ一部ト看做スノ說ニ從フトキハ實際ニ反シ不便ヲ感スルコト多シ要スルニ公使館ノ不可侵權ハ外國ノ使臣ノ特權ノ一ナリト看テ可ナリ

第二項 日本領土外ニ在ル人ニ關スル場合

本項ニ於テ論セント欲スノ所ノモノモ亦是レ國際刑法ノ問題ニ屬シ現行刑法ニ於テ一言ノ規定ナキ所ナリ是ヲ以テ予ハ專ラ理論ニ基キ説明スル所アラシ

但改正刑法草案ハ此場合ニ關スル規定頗ル完備セルヲ以テ大ニ參考ノ用ヲ爲スヘシ曰ク日本刑法ハ日本領土外ニ於テ犯シタル罪ニ對シテ之ヲ適用スルコトヲ得ルカ本問ノ意義ハ即チ一國政府ハ其領土内ニ在リテ領土外ノ犯罪ヲ罰スルノ權利ヲ有セサルヤ否ヤ之ヲ換言スレハ元來犯罪ヲ罰スルノ權ハ其犯罪發生地ノ政府ニ屬スルモノナリ然レトモ或場合ニ於テハ犯罪發生地以外ノ主權者モ亦此犯罪ヲ罰スルノ大權ヲ有スルカ抑モ之ヲ有セサルカト云フニ在リ本問ヲ決スルニハ少シク刑罰權ノ基本ニ遡リテ之ヲ説明セサルヘカラス予義ニ刑罰權ヲ説キ國家ト犯罪トハ兩立スヘキモノニ非ス國家ハ常ニ生存スルノ必要アリテ犯罪ハ其生存ヲ妨害スルヲ目的トス故ニ國家ニ於テ其生存ヲ維持セント欲セハ必ス犯罪ノ侵害ヲ防禦セサルヘカラス此防禦ヲ名ケテ刑罰權ト謂フト論セリ夫レ此ノ如ク刑罰權ハ國家ノ生存ヲ圖ルヲ以テ其目的ト爲スモノナレハ一國領土外ニ於テ犯シタル罪ニシテ毫モ我國ノ利害ニ影響ヲ及ボスコトナキトキハ是レ我國ノ生存權ヲ害スルモノニ非サルヲ以テ我國ハ此犯罪ニ對シテ刑罰權ヲ行フノ理由ナシ然レトモ此犯罪ニシテ苟モ我國ノ治安ヲ害

シ我國民ノ損害ヲ生スルノ性質ヲ有センカ縱令外國ニ於テスルモ我國外此犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行ハサルヘカラス今試ニ外國ニ在リテ我國所屬ノ邦土ヲ僭竊セントノ陰謀ヲ企テ又ハ外國ニ在留スル日本人ヲ殺害シタル外國人アリト假定セヨ此ノ如キ場合ニ於テ我國ノ治安ハ未タ危險ニ追リタリト辨フヘカラサルカ我國家ハ未タ其生存ヲ害セラレタルモノナリト謂フヘカラサルカ蓋シ刑罰權ノ原則ハ此ノ如キ犯罪ニ對シテ本國ノ刑罰權ヲ適用スル理由ヲ確認スルモノナリ然ラハ則チ各國カ其領土外ニ於テ行ヒタル犯罪ヲ罰スルノ大權ハ是レ刑罰權ノ基本ニ關スル原則ノ例外ヨリ出ツルニ非スシテ寧ロ其原則ノ適用ニ外ナラス我國ニ於テ行ヒタル犯罪ヲ區別シテ二場合ト爲ス第一ハ外國ニ於テ我刑法ヲ犯シ外國ニ在ル場合第二ハ日本ニ於テ罪ヲ犯シタル内外國人カ逃走シテ外國ニ在ル場合即チ是ナリ本國土外ニ於テ罪ヲ犯シタル者ハ其國ニ對シテ第一ノ場合ハ更ニ之ヲ三種ニ分ツコトヲ得

(一) 我國ニ對シテ行ヒタル領土外ノ犯罪、我國ニ對スル犯罪トハ國家ノ成立其モノヲ害スルノ目的ヲ有スル犯罪ヲ謂フ例ヘハ我國内政外交ノ平安ヲ妨害セントスルノ罪我國公有ノ財産ヲ損失セシメントスルノ罪我國ノ憲法ヲ紊亂セントスルノ罪凡ソ此等ノ犯罪ハ直接ニ我國家ノ中心ヲ衝キ其根本ヲ動搖セシメントスルノ目的ヲ有スルモノナレハ我國家ノ危急之ヨリ大ナルハナシ我國家ハ其安寧秩序ヲ維持スルカ爲メニハ此等ノ犯罪ヲ撲滅スルノ大權ヲ有スルヤ敢テ多辯ヲ俟タサルナリ

(二) 他國ニ對シテ行ヒタル領土外ノ犯罪、此種ノ犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行フニ付テハ宜シク場合ヲ區別シテ論セサルヘカラス即チ其被害國ハ我國ノ同盟國ナルカ將タ然ラサルカヲ區別セサルヘカラス若シ我國ノ同盟國ニシテ之ニ對スル犯罪ハ間接我國ノ治安ヲ妨害スルノ性質ヲ有スルトキハ我國ハ自衛ノ必要アルヲ以テ我國ノ刑罰權ヲ執行シテ之ヲ罰セサルヘカラス若シ之ニ反シ被害國ハ我國ト何等ノ關係ヲ有セサルモノナルトキハ他國ニ對スル犯罪ハ毫モ我國ノ治安ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス隨テ我刑罰權ヲ行フノ必要ナカル

(三) 一私人ニ對シテ行ヒタル領土外ノ犯罪、此犯罪ニ付テモ亦區別ヲ爲スヲ要ス即チ其一私人ハ外國人ナルカ將タ我國民ナルカ若シ其被害者ハ外國人ナルトキハ我國ノ法律ヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナキカ故ニ我國ハ刑罰權ヲ行フノ理由ナシ之ニ反シ其被害者ハ我國民ナルトキハ我國ハ其所在地ニ付テ之ヲ保護スルノ義務アリ即チ我國ハ我國民ノ安寧ヲ維持スルノ權利アルヲ以テ我國ノ刑罰權ヲ執行スヘキハ當然ナリ也 我國ハ保護ノ權ニ對シテ其保護ノ義務若シ事例ヲ轉シテ日本人本邦領土外ニ於テ一私人ニ對シ重大ナル罪ヲ犯シタルトキハ其被害者ノ日本人タルト又外國人タルトニ拘ハラス我刑罰權ニ依リテ罰セサルヘカラス蓋シ此等ノ犯罪ハ唯其國ノ刑法ニ於テノミ之ヲ犯罪ト爲スニ非ス我國ノ刑法ニ於テモ亦之ヲ犯罪ナリト認ム既ニ其犯人タルヲ知リ措テ而シテ之ヲ問ハズシハ我國ノ安寧夫レ何ニ由リテ之ヲ維持スルコトヲ得ンヤ若シ夫レ外國人ニ在リテハ我國ノ法律ヲ犯ササル限ハ未タ以テ我國ノ安寧ヲ害シタリト謂フヘカラス隨テ我刑罰權ヲ及ホスコトヲ得サルナリ即チ日本

人ハ日本法律ニ服從スルノ義務アルカ故ニ日本法律ニ於テ認メテ以テ犯罪ナリトスル所ノ行爲ヲ行ヒタルトキハ我國ノ刑法ヲ以テ之ヲ罰スルコトヲ得ルナリ夫レ此ノ如ク我刑罰權カ日本領土外ニ於テ罪ヲ犯シタル日本人ニ及ブ所以ノモノハ我國民ハ我國ニ永住スル權利ヲ有スルモノナレバ之ヲ國境ニ追放スルヲ得ス之ヲ追放セスシテ而シテ良民ニ生活ヲ共ニセシメントセハ何ノ具カ國家ノ安寧ヲ維持スルコトヲ得ン之ニ反シテ我國人ニ於テハ日本法律ニ服從スルノ義務ナキヲ以テ我國ニ於テ日本法律ノ規定ヲ以テ犯罪行爲ト爲ス所ノモノヲ行フト雖モ我國ハ犯罪國ニ對シテ其犯人ノ引渡ヲ請求スルノ理由モナケレハ又之ヲ罰スルノ必要モナキナリ刑法草案第五條ノ規定ハ蓋シ此理由ヨリ出テタルモノナリ曰ク法律ハ帝國臣民帝國外ニ於テ生命身體自由財産及ヒ信用ニ關シテ犯罪スル重罪ニ之ヲ適用スルコトヲ容ルルモノナリ外國ニ於テ此種ノ重罪ヲ犯シタル者我領土内ニ來リテ潛匿スル場合ニ於テ其日本人ナルト外國人ナルトヲ問ハズ常ニ我刑罰權ヲ行ヒテ之ヲ罰スルコトヲ得ルカ論者曰ク此種ノ犯罪人ハ猶モ毒蛇ノ如ク其棲息スル處ニ於テ害害ヲ恐

其スルノ性質ヲ有スル者ハハ唯其現在ノ一事態其國ノ危險ヲ發生スル
足ル國ノ危險ヲ防禦スルノ目的ヲ有スル法律ニシテ其威力ヲ此種ノ犯罪人
及ホテコトヲ得テ言ハハ國ノ治安何由テ而シテ之ヲ維持セザル
ルハ我國ニ於テ刑罰權ヲ行フノ權利ヲ有スルヤ毫モ疑フ容レスト

日本人ニ付テハ誠ニ疑フ容レスト雖モ外國人ニ付テハ同日ニ論スベキ
ナルモノアリ此種ノ外國人我國ニ來ルニ於テハ危險ニ則チ危險ナリト雖モ未
タ必スシモ刑罰權ヲ行フヲ要セス我我國ノ危險ヲ救済スルノ方法アリ他ナ
シ我國ハ之ヲ帝國境外ニ追放スル權ヲ有スルナリ此外國人ハ日本領土外ニ且
本國又ハ日本國民ニ關係ナキ罪ヲ犯シタルニ過キ其モナレハ日本ノ法律
ヲ犯シタルモノナリト謂フヲ得ス我國ノ禁制命令ニ違反セサル者ニ對シテ我
刑罰權ヲ行フノ理由アルナシ其現在ノ一事ヲ以テ我國ニ害アリトモハ我國
單ニ我危險ヲ救フニ必要ナル方法ヲ行ハハ則チ可ナリ然レトモ若シ此外國人
カ我國民ニ對シテ重大ナル罪ヲ犯シタルコトアルハ如何引渡又ハ追放ノ方法
ヲモリ以テ我國民ノ權利ヲ保護スルニ足レリトモカ凡ソ一國政府ハ國境外

ニ於テモ亦尙ホ其國民ヲ保護スルノ義務アリ公使館ヲ設ケ領事館ヲ置ク蓋シ
其目的ニ外ナラサルヘシ外國ニ在リテスラ尙ホ且我國民ヲ保護スルコトヲ務
ム況ヤ外國ニ於ケル我國民ニ對シテ重大ノ罪ヲ犯シタル者來リテ我國ニ潛匿
スルニ於テヤ其危害ノ切迫ナル更ニ一層ヲ加ヘタリ此ノ如キ場合ニ於テ我
刑罰權ハ此犯罪人ニ及フナクシテ可ナラシヤ之ヲ要スルニ外國ニ在ル日本人
カ外國人又ハ日本人ニ對シテ罪ヲ犯シタルトキハ我刑法ハ其犯人ヲ罰スルヲ得
之ニ反シ若シ其犯罪人ハ外國人ナルトキハニツノ區別ヲ要ス(犯罪ハ外國人
ニ對シテ行ハレタルトキハ其外國ニ在ルニ問我ニ於テ何等ノ刑罰權ヲ行フヲ
得スト雖モ其我國ニ渡來シタルトキハ引渡權又ハ追放權ヲ行フコトヲ得ニ)若
シ其犯罪ハ我國民ニ對シテ行ハレタルトキハ或ハ我國ニ渡來スルノ日ヲ待チ
テ我刑罰權ヲ行フコトヲ得本條ニ於テハ我國ニ對シテ日本刑法ニ於テ之ヲ罰ス
ルコトヲ得又外國刑法ニ於テモ亦之ヲ罰スルコトヲ得ルトスルトキハ此犯人
ハ二國以上ノ刑法及ヒ裁判權ニ服從セサルヘカヲササニ至ルニ於テカ二國

間法律及裁判權ニ付キ抵觸ヲ生スルコトアリ今や進ミテ此抵觸問題ニ付テ研究スル所アラシク抵觸ニ對シテ法律ニ依リテ解決スルハ其要ニ在リ

第一法律ノ抵觸ハ日本人又ハ外國人外國ニ於テ罪ヲ犯シタリ今日本ニ於テ之ヲ罰セシトスルトキハ日本刑法ヲ適用スヘキカ將タ外國刑法ヲ適用スヘキカ本問ヲ決スルニ付テハ左ノ區別ヲ爲スヲ要ス

(一) 外國ニ於テ行ヒタル所爲其國ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トスルモノ日本ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トスルモノ日本ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トスルモノ日本ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トスルモノ

(二) 外國ニ於テ行ヒタル所爲其國ノ法律ニ於テハ之ヲ罪トスルモノ日本ノ法律ニ於テハ之ヲ罰セサルモノハ外國刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スルコトヲ得

(三) 外國ニ於テ行ヒタル所爲日本及ヒ外國刑法ニ於テ之ヲ罪トスルモノ日本及ヒ外國ハ各其本國刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スルコトヲ得

第二 裁判權ノ抵觸 外國人日本ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ日本人外國ニ於テ罪ヲ犯シタルトキハ二國ノ裁判所ニ於テ同一事件ノ管轄權ヲ有スルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ其犯人既ニ一國裁判所ニ確定判決ヲ受ケタル時ハ他國ニ於

テ再ヒ之ニ對シテ公訴ヲ提起スルコトヲ得ルカ本問題ニ付キ立法止三箇ノ主義アリ

第一主義 此主義ニ依レハ凡ソ如何ナル場合ニ於テモ同一犯罪ニ付キ再度同一犯人ヲ罰スルコトヲ得スト云フニ在リ其理由ニ曰ク凡ソ確定判決ハ之ヲ下シタル裁判所ノ何國ニ屬スルヲ問ハス當然公訴權ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有ス是ヲ以テ一旦確定判決ヲ經タルトキハ其犯人ハ何國ニ逃走スルモ最早公訴權ノ目的タルヲ得ス而シテ其犯人又ハ被害者ノ分限何レハ國籍ニ屬スルト其判決ノ有罪ナルト無罪ナルト又ハ刑ヲ執行ヲ終ルト然ラサルトハ敢テ問フヘキノ必要アラサルナリ要スルニ確定判決ヲ經タルノ一事ハ以テ犯人ノ保障タルヘシ

第二主義 此主義ヲ採ル者ハ曰ク凡ソ確定判決ヲ效力ハ同一國ノ同一法律ニ基テ判決ニ於テ始メテ之ヲ認ムルコトヲ得ヘキモノナレハ縱令內國及ヒ外國ニ於テ前後同一事件ニ付キ同一犯人ニ對シテ處罰スルコトアルモ決シテ一事不再理ノ原則ニ背反スルモノニ非ス若シ然ラストモハ外國ニ確定判決ハ我國ニ

於テ效力ヲ有シ其極我主權ヲ侵害スルノ結果ヲ生スルニ至ルヘシ唯少シク實際上ノ注意ヲ要スヘキモノハ則チ一旦外國ニ於テ確定判決ヲ經テ既ニ刑ヲ執行ヲ受ケタル者ニ對シ再ヒ責罰ヲ加フルトキハ或ハ殘酷ニ流ルルノ恐アルヲ以テ此ノ如キ場合ニ在リテハ宜シク減輕免除ノ方法ヲ用ヒ其弊害ヲ救フヘキナリト是レ新刑法草案ニ於テ採ル所ノ主義ナリ

第三 折衷主義 此主義ヲ唱フル者ハ曰ク二國ノ法律ニ觸レタル場合ニ於テ既ニ外國裁判ヲ受ケタルトキハ我國ニ於テモ多少ノ區別ニ從ヒ外國裁判ノ或部分ヲ認メサルヘカラス凡ソ內國ニ於テ外國ノ犯罪ヲ訴フルヲ要スル所以ノモノハ其犯罪行為ヲ不問ニ付セテ刑ヲ受ケタル者ニ對シテ今犯罪地ノ裁判官ハ其犯人ニ對シテ刑ノ宣告ヲ爲シ而シテ既ニ其刑ヲ執行ヲ終リタルトキハ刑法ノ目的達シテ而シテ公訴權消滅ス公訴權消滅シテ而シテ向來之ヲ罰セシトスル是レ何ソ無辜ヲ罰スルニ異ナランヤ然レトモ若シ外國刑法ニシテ未タ能ク其犯人ヲ懲罰スルニ足ラサル所アルトキハ更ニ自國ノ刑法ヲ適用シテ之ヲ罰スルモ亦不可ナル所ナシ蓋シ此犯罪ニ對シテ我刑罰權ヲ行ハサル所以ヲモノム

唯我ニ於テ之ヲ罰スルノ必要ヲ見ズルハ大ニ去故ニ若シ我ニ於テ之ヲ罰スルノ必要アルトキハ我國ヨリ之ヲ罰スルノ權利ヲ有ス例ヘハ一國ノ領土內ニ於テ犯罪シタル罪ニシテ他國ノ公安又ハ信用ニ對シテ直接ノ害ヲ及ボシタルトキ又ハ一國ノ裁判所ニ於テ刑ノ宣告ヲ受ケタル犯人其刑ヲ執行セスシテ他國ニ逃亡シタルトキノ如シ是レ佛國刑法ニ於テ採用スル所ノ主義ナリトス

日本ニ於テ罪ヲ犯シタル内外國人カ逃走シテ外國ニ在ル場合又ハ日本外國ニ於テ罪ヲ犯シ逃亡シタル日本ニ歸ラサルトキハ我刑事訴訟法ノ手續ニ從ヒ之ニ對シテ關席判決ヲ下スコトヲ得ルト雖モ外國人外國ニ於テ罪ヲ犯シ我國ニ渡來セザルトキハ之ヲ逮捕スルコトヲ得ス又關席判決ヲ爲スコトヲ得ス隨テ我刑罰權ヲ行フノ途ナキニ歸ス是ニ於テカ日本人及ヒ外國人カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ或ハ犯罪國ニ潛伏スルカ或ハ他ノ外國ニ逃走シタルトキハ我國ハ直チニ其犯人ノ所在國ニ入リテ之ヲ逮捕スルコトヲ得ルカ故ニ我國ニ於テ其犯人ヲ逮捕スルノ方法ヲ有セザルヘカラス然ルニ方今行ハルル所ノ犯罪人引渡法ハ唯我國ニ於テ罪ヲ犯シ外國ニ逃亡シタル者ノミニ之ヲ適用スルニ過キテ

ハ外國ニ於テ罪ヲ犯タル日本人又ハ日本國若クハ日本人ニ對シテ罪ヲ犯シタル外國人ニ對シタル此引渡法ヲ適用スルコト能ハス犯罪人引渡法ノ缺點ト謂フヘキハ犯罪人引渡法トハ一國ニ於テ罪ヲ犯シ外國ニ逃亡シタル犯人アル場合ニ於テ犯罪國ノ政府ヨリ逃亡國政府ニ對シテ其犯人ノ引渡ヲ請求スルトキハ之カ引渡ヲ爲スノ慣例ヲ謂フ若シ一國ハ一國ト間ニ於テ互ニ引渡ヲ履行ヲ確實ニスルノ目的ヲ以テ特ニ締結スル所ハ條約ハ之ヲ名ケテ犯罪人引渡條約ト謂ヒ其引渡ニ關シテ我國ニ於テ定メタル手續法ヲ名ケテ逃亡犯罪人引渡條例ト謂フ明治二十年八月勅令第二十二號犯罪人引渡條約ニ付テハ明治十九年十一月日米間ニ締結セル犯罪人引渡條約ヲ參看スヘシハ日本ハ外國ニ對シテ犯罪人ノ告發ヲ受ケタル者ニ對シテ刑罰權ヲ及ホスニトテ得ヘキモ其國ノ版圖外ニ於テ罪ヲ犯シ又ハ版圖内ニ於テ罪ヲ犯シ而シテ版圖外ニ逃亡セル者アルトキハ刑罰權ハ之ニ及ボコト能ハス我法律之ヲ制

第三項 犯罪人引渡法

ルコト能ハサルヲ以テ其犯罪ノ何人ハ手ニ成ルモ一國法律ハ之ヲ罰スルコト能ハサルニ至ル然レトモ刑法ノ效力ヲシテ單ニ國境内ニ止マラシメシカ外國ニ於ケル犯罪又ハ逃亡ニ巧ナル犯人ハ到底之ヲ罰スルコト能ハスシテ遂ニ自國ノ安寧ヲ侵害セラルルモ袖手傍觀セラルヘカラス是レ豈ニ刑法ノ趣旨ニ適フモノナランヤ是ニ於テカ國國際法上一慣例ヲ設クルニ至レリ之ヲ名ケテ犯罪人引渡法ト謂フ犯罪人引渡法ハ犯罪人ノ逃亡ニ關シテ其國ニ對シテ請求シタル者アル場合ニ於テ犯罪國ヨリ犯罪人ヲ所在國ニ於テ罪ヲ犯シ外國ニ逃亡シタル者アル場合ニ於テ犯罪國ヨリ犯罪人ヲ所在國ニ對シテ之カ引渡ヲ請求シタルトキ被請求國ニ於テ之カ引渡ヲ爲スル行為ヲ謂フ此行為ハ國ト國トノ關係ヨリ生スル所ノモノナルヲ以テ其性質上勿論國際法ノ一部ニ屬シ或ハ國際上ノ慣例ヨリ出ツルコトアリ或ハ特別ノ條約ヨリ出ツルコトアリ夫レ一定不變ノ原則ヨリ生スルモノニ非サルナリ例ヘハ米國人日本ニ於テ強盜罪ヲ犯シ英國ニ逃走セリ此犯罪人ハ米國人ナルヲ以テ米國ニ對シテ其危險ナルモノナレハ又日本ニ在リテモ危險ナルモノナリ故ニ此二國ハ其ニ之ヲ罰スルノ權力ヲ有ス然レトモ英國ハ全然

無關係ノ地位ニ在リ故ニ又之ヲ罰スルノ權ナシ若シ夫レ此ノ如クニシテ逮捕ヲ免ルルコトヲ得シカ罪在リテ而シテ安全ニ刑ヲ免ルルヲ得ル者益多キヲ加ヘ其弊ヤ世ノ開明ニ進ミ交通ノ頻繁ナルニ從ヒ愈々甚シキヲ加ヘシ然ルニ犯罪人引渡法ノ存スルトキハ犯罪人ハ其何地ニ逃亡スルモ其逮捕ヲ免ルルコト能ハサルヲ以テ逃亡ニ因リテ法網ヲ免レントスル者ノ希望ヲ絶テ以テ犯罪ヲ減少スルノ一助ト爲ラン是レ蓋シ引渡法ノ由リテ出ツル所以ニシテ畢竟刑法ノ不完全ヲ補ス一方法ニ過キサルナリ

本項ヲ論スルニ付テハ左ノ四段ニ區別スルヲ要ス第一犯罪人引渡ノ必要第二犯罪人引渡ノ條件第三犯罪人引渡ノ手續第四犯罪人引渡ノ效力即チ是ナリ

第一段 犯罪人引渡ノ必要

犯罪ハ國家ノ生存ヲ害スルヲ以テ其目的ト爲ス犯罪アリテ之ヲ罰スルノ途ヲ失ハシカ國家ハ遂ニ其生存ヲ全クスルコト能ハサルナリ今甲國ニ於テ罪ヲ犯シタル者逃レテ乙國ニ到レハ忽チ刑罰ノ制裁ヲ免ルルノ途アルコトヲ知ラ

ハ犯罪人ハ屬罪ヲ犯シ逃レテ他國ニ走ルヘシ此ノ如クニシテ止マサルハ則チ國內ノ犯罪人ハ之ヲ克ク罰スルコトヲ得ルモ國外ノ犯罪人ハ之ヲ能ク罰スヘカラサルカ故ニ一國ノ治安ハ完全ニ之ヲ維持スヘカラサルニ至ラン然ラハ則チ甲國ノ犯罪人逃レテ乙國ニ到リ乙國ノ犯罪人逃レテ甲國ニ入リタル場合ニ於テハ甲乙二國互ニ其犯罪人ヲ逮捕シ之ヲ犯罪地ノ裁判所ニ引渡シ因テ以テ犯罪人ヲシテ法網ヲ免ルルコト能ハサルニ至ラシムルハ是レ唯一國ノ公益タルノミナラス實ニ各國共通ノ公益ナリ凡ソ何國ノ刑法ト雖モ其目的トスル所ハ必ス一途ニ歸セスンハ非ス即チ犯罪ノ撲滅ヲ計ルニ在ルコト是ナリ既ニ各國ノ刑法其目的ヲ同シウスルニ於テハ之ヲ違スルニ必要ナル方法ニ付テモ亦各國其撲ヲ一ニセサルヘカラス一國ニ於テ他國ノ共助ヲ籍ルニ非サレハ完全ニ自國ノ刑法ノ目的ヲ達スルコト能ハサル場合ニハ他ノ國モ亦外國ノ共助ヲ必要ト爲スナリ此ノ如ク互ニ共助ヲ籍ルノ必要アリトスルハ縱令各國間何等ノ條約之ナシト雖モ各國互ニ外國犯罪人ヲ逮捕シテ之ヲ其請求國ニ引渡スハ世界共通ノ公義國際連帶ノ責任ナリト謂ハサルヲ得ス若シ此公義ニ背キ此責任ヲ破リ

天下逃亡ノ賊徒ヲ入レテ之ニ與フルニ安樂土ヲ以テタル者アラハ之ヲ目スルニ盜賊國ノ名稱ヲ以スルモ不可ナル所ナシ要スルニ犯罪人引渡法ノ原理ハ各國其刑法ノ目的ヲ達セシカ爲メニ互ニ共助ノ義務ヲ盡スル必要アリ生ス今日ニ至リテ各國互ニ其必要ヲ感シ特ニ條約ヲ締結シテ此共助ノ義務ヲ確實ニスルニ至レリ所謂犯罪人引渡條約ナルモノハ是レ唯各國共通ノ道理ヲ寓シテ之ヲ明文ト爲シタルニ過キス犯罪人引渡法ハ各國其條約ヲ締結シタル後ニ於テ始メテ行ハレタルモノニ非サルナリ其相違ニハロイ最モ明ニ各國ノ法律茲ニ一問題論スヘキモノアリ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタル國ハ必ス其請求ニ應スヘキノ義務アリヤ本問ニ付テハ二箇ノ主義アリ第一國ハ公益ハ其第一主義此主義ニ依レハ如何ナル場合ト雖モ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタル國ハ必ス其請求ニ應セサルヘカラサル義務アリ何ナレハ是レ國際法ノ命令スル義務ナレハナリト此說タルタル古ノ國際公法學者ニ探ヒル所ナリ則雖モ今日ニ於テハ既ニ行ハレサルモノナリハニ國及人ハ之ヲ請ハルニ可キ也

第二主義 此主義ニ從フトキハ二箇ノ區別ヲ爲シ或場合ニ於テハ被請求國ハ

必ス請求ニ應スルノ義務アリトシ或場合ニ於テハ之ニ應セサルヲ權利アルモノト爲スナリ若シ請求國及被請求國間ニ於テ犯罪人引渡條約ノ成立スルトキハ被請求國ハ其條約ニ基キ必ス其請求ニ應セサルヘカラス蓋シ是レ條約ヲ生スル義務ニシテ其當然ノ結果タレハナリ此ニ於テ一問題ヲ生ス曰ク條約國ニ於テハ條約ノ明文ニ記載スルモノニ付テハ固ヨリ請求ニ應スルノ義務アリ然レトモ其條約以外ノ事項ニ關シテハ請求ニ應セサルコトヲ得ルヤ英國又ハ合衆國ノ探ル所ノ主義ニ依レハ凡ソ條約ハ制限ノモノナレハ其條約以外ニ於テハ如何ナル種類ノ犯罪ナリト雖モ被請求國ハ其請求ニ應セサルノ權利アリト然レトモ此主義ハ其結果犯罪人ノ爲メニ一種ノ權利ヲ發生スルニ至ル即チ引渡ノ目的タル犯罪人ハ條約ノ明文ヲ以テ之ヲ規定スルカ故ニ其明文以外ノ犯罪人ハ被請求國ノ政府ニ對シテ條約ノ説明ヲ求メ自己ヲ引渡ヲ拒絕セシコトヲ請求スルコトヲ得ヘシ夫レ此ノ如キ不條理ノ結果ヲ生スルヲ以テ此主義ハ歐羅巴大陸諸國ニ於テモ未タ其勢力ヲ恣ニスルコト能ハサル所ナリ

現今一般ニ行ハル所ノ引渡ニ關スル實際ノ手續ニ三種アリ第一條約ヲ以テ

引渡方法ヲ規定スルモノ第二自國法律ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノ第三慣習ニ從フモノ即チ是ナリ條約ヲ以テ引渡方法ヲ定ムルモノハ各國其憲法ノ規定ニ基クモノナレハ其條件ニ至リテハ各國間多少ノ差異アルヲ免レス而シテ其條約ニ記載アル犯罪ニ關シテ引渡ノ請求アルトキハ必ス之ニ應スルノ義務アリ然レトモ此義務アルカ爲メニ條約以外ノ犯人ヲ引渡スノ權利ヲ妨クルモノニ非ス其條約以外ノモノニ付テハ之ヲ引渡スト否トハ被請求國ノ自由ニアルモノトス蓋シ條約以外ノ犯人ト雖モ之ヲ其自然ノ裁判官ニ引渡スハ一國ノ權利ニシテ何人モ此權利ノ執行ヲ妨クルモノアルヘカラス故ニ引渡條約締結以前ニ於テ行ヒタル犯罪人ニ對シテモ尙ホ後日ノ引渡條約ヲ適用スルコトヲ得之ヲ換言スレハ引渡條約ハ既往ニ遡リテ其效力ヲ生スルモノナリ自國法律ヲ以テ引渡方法ヲ規定スルモノニ於テハ法律ノ明文ニ於テ規定スル犯罪ニ非サレハ之カ引渡ヲ爲スコトヲ許サス又他國ト罪人引渡條約ヲ締結スル場合ニ於テモ其法律ノ範圍内ニ於テスルニ非サレハ其條約ヲ締結スルコトヲ得サルモノナリ若シ夫レ條約ナク又法律ナキ場合ニ於テハ引渡ノ條件ハ一ニ各國

其探ル所ノ慣習ニ從フモノナリ 三國ノ人觀キテモ其ノ舊前家國ノ國情
玆ニ一問題アリ曰ク犯罪人引渡法ノ主義如何ニ拘ハラズ引渡ノ目的ト爲リタ
ル犯罪人ハ引渡ノ不法ヲ理由トシテ引渡ノ執行ニ對シテ異議ヲ申立ツルコト
ヲ得ルヤ更ニ之ヲ換言スレハ犯罪人ハ引渡條約ニ規定シタル方式ヲ履行セス
又ハ犯罪人ハ其條約ノ範圍ニ包含セラレタルモノニ非ス又其犯罪人ハ引渡條
約ニ規定セシ以外ノ犯罪ヲ行ヒタルモノニ過キスト云フヲ理由トシテ其事件
ノ屬屬裁判所ニ對シテ引渡ノ無效ヲ主張スルコトヲ得ルカ此場合ニ於テ犯人
ハ其事件ノ屬屬裁判所ニ對シテ引渡處分ノ不法ヲ理由トシテ異議ヲ申立ツル
コトヲ得タルノミナラス裁判所ニ於テモ亦引渡ノ有效無效ヲ審判スルノ權利
ヲ有セス何トナレハ凡ソ犯人引渡法ハ犯人ト一國政府トノ關係ヲ規定スルモ
ノニ非スシテ國ト國トノ關係ヲ規定スルモノナリ若シ國ト國トノ間ノ行爲ニ
對シ一國裁判所ハ之カ制裁ヲ加フルノ權利ヲ有ストセハ是レ裁判權ハ行政權
ヲ蹂躪スルコトト爲ル要スルニ如何ナル場合ニ於テモ犯罪人ノ引渡ハ唯其引
渡ノ事實ニ於テ既ニ正當ノ引渡アリタルモノト看做スヘキナリ

第二段 犯罪人引渡ノ條件

犯罪人引渡法ハ犯罪及犯人ノ二者ヲ目的トスルモノナレハ其條件ヲ論スルニ付テモ亦其犯罪ニ關スル條件ト犯人ニ關スル條件トヲ區別スルヲ要ス第一場合ニ犯人ニ關スル條件ニ凡ソ罪ヲ犯シテ一國ノ領土内ニ逃走スル者ハ其何人タルヲ問ハス引渡ノ目的ト爲ルヲ以テ原則ナリトス然レトモ國際法ノ慣例ニ於テハ左ノ二例外ヲ認メタリ

(一) 奴隸ノ逃走シタルトキ、奴隸ニシテ自由ヲ回復スルカ爲メ主人國ニ於テ罪ヲ犯シ逃走シタル場合ニ於テハ之ヲ引渡ヲ請求スルモ決シテ之ニ應スルノ義務ナキモノナリ蓋シ奴隸ハ今日文明諸國ノ等シテ承認セサル所モ又等シク撲滅ニ努ムル所ノモノナリ然ルニ之カ引渡ヲ爲シテ再ヒ奴隸タラシメトスルカ如キ實ニ世界ノ公敵ト謂フモ敢テ不可ナキナリ

(二) 目的ノ犯人ハ被請求國ノ國人ナルトキ、引渡ノ目的タル犯人ハ或ハ請求國ノ人民タルコトアリ或ハ第三國ノ人民タルコトアリ或ハ被請求國ノ國民

タルコトアリ第一、第二ノ場合ニ於テハ別ニ困難ヲ生ズルコトナシ例ヘハ英國人罪ヲ犯シテ横濱ニ逃走セテ英國政府ハ我政府ニ對シテ此犯罪人ノ引渡ヲ請求セハ我政府此請求ニ應ジテ此犯人ヲ引渡ス固ヨリ當然ノミ又例ヘハ獨逸人米國ニ於テ罪ヲ犯シ我國ニ逃レ來レリ米國政府ハ我國ニ對シテ其犯人ノ引渡ヲ請求セハ我國之ヲ引渡スニ於テ毫モ困難ヲ見ザルナリ唯第三ノ場合ニ於テハ屢困難ノ生ズルアルヲ見ル若シ其犯人ハ被請求國ニ屬スル人民ナルトキハ被請求國ハ尙ホ其引渡ニ應スルノ義務アルカ若シ本國法律又ハ條約ニ於テ自國人民ニ關スル場合ヲ規定シ或ハ引渡ノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ヘク或ハ之ニ反シ引渡ノ請求ニ應スヘシト爲シタルトキハ其條約ヲ履行シテ引渡ヲ爲ササルヘカラス若シ法律ノ規定ナク又條約ノ明文ナキ場合ニ於テハ宜シク其國ノ慣例ニ從フヘシ即チ慣例ニ於テ自國人民ノ引渡ヲ許シタルトキハ引渡ノ請求ニ應スヘク若シ又然ラサルトキハ其請求ニ應スヘカラス故ニ法律アリ條約アリ慣例アル場合ニ於テハ本問ヲ決スルニ付キ毫モ困難ヲ見スト雖モ若シ法律條約ノ規定ナク又慣例ノ依ルヘキモノナキ

トキハ如何是レ本間ノ最モ困難ト爲ス所ノ場合ナリ。我現行法律明治二十年八月勅令第四十二號ニ依レハ第一條第三項ニ於テ左ノ規定アリ曰ク逃亡犯罪人ト稱スルハ締約國ノ管轄内ニ於テ犯シタル犯罪ニ付告訴告發ヲ受ケ若シハ有罪ノ宣告ヲ受ケタル帝國國民外人ニシテ帝國ノ管轄内ニ逃避シタル者又ハ逃避シタルノ嫌疑若シハ逃避セントスルノ嫌疑アル者ヲ謂フ但左ノ場合ニ於テハ帝國國民ヲ包含ス。

第一 帝國ト請求國トノ犯罪人引渡條約ニ交互其國民ノ引渡ヲ爲スヘキ條款アルトキ。

第二 犯罪人引渡條約ニ交互ノ任意ヲ以テ其國民ノ引渡請求ニ應スルコトアルヘキ旨ノ條款アリ且請求國ニ於テ同様ノ場合ニハ自國ノ臣民ヲ引渡スヘキ旨ヲ申立タルトキ。

此ノ如ク法律ノ明文瞭然タルトキハ毫モ疑義ヲ生スルコトナシ即チ原則上我政府ハ我國民ノ引渡請求ニハ應ゼサルノ權利ヲ有シ例外ニ於テ唯二箇ノ場合ニ限リ其請求ニ應スルノ義務アリト謂フニ非ス相互引渡ニ應スルト應ゼサル

トノ自由權ヲ有スル場合ナレハ唯彼ニ於テ同一ノ場合ニハ我國ニ願ユルニ同ノ義務ヲ以スヘシトノ明言ヲ爲シタル場合ニ限リ我國ハ彼國ニ對シテ請求ニ應スルノ義務アルノミ。

然レトモ此勅令ハ締約國間ニ非サレハ之ヲ適用スルコトヲ得サルカ故ニ締約國以外ニ於テ犯罪人引渡ニ關スル問題起ルコトアラハ我國ハ如何ナル原則ニ依リテ此問題ヲ決セントスルカ。

今日歐洲各國ニ於テ探ル所ノ慣例ヲ看ルニ自國人民ノ引渡請求ニ對シテハ之ニ應ゼサルヲ以テ原則ト爲スモノノ如シ特ニ何レノ國ノ法律ニ於テモ自國人民ノ引渡請求ニ對シテハ之ニ應ゼストノ明文ヲ掲ケサルモノナキニ至レリ故ニ實際ニ於テハ本問ノ決定ニ付キ殆ト困難ヲ感スルコトナシ即チ締約國以外ヨリ我國民ノ引渡ヲ求メタルトキハ我國ハ斷然之ヲ拒絕スルコトヲ得ルナリ然レトモ現今ノ國際慣例並ニ各國法制ハ理論上果シテ其當ヲ得タルモノト謂フヲ得ヘキカ之ヲ換言スレハ今日ノ如クニシテ果シテ克ク刑法ノ精神ヲ貫徹スヘキモノト謂フヘキカ我輩決シテ之ヲ信スルコト能ハサルナリ抑モ刑事ニ

付キ犯罪ノ管轄權ヲ有スルモノハ必ズ犯罪地ノ裁判所ナルハキントハ別ニ多
辯ヲ要セス犯罪ノ發生ニ付キ最も損害ヲ被リタルモノハ其犯罪地ナリ而シテ
之ヲ罰スルニ付キ最も必要ヲ感スル所ノモノモ亦此犯罪地ニ在リ而シテ犯
罪事實ノ發見證據ノ蒐集ニ付キ最も克ク其目的ヲ達スルニ適當ナリトスル所
ノモノハ犯罪地ヨリ便ナルハナシ然ラハ則チ訴訟ノ審理上ヨリスルモ又刑法
ノ目的上ヨリスルモ犯罪地ノ裁判所ハ其犯罪ヲ管轄スルニ付キ最も適當ナル
所ノモノナリ然ルニ一國政府ヨリ其領土内ニ於テ罪ヲ犯シタル者ノ引渡ヲ請
求スルニ當リテ被請求國ハ之ニ應スルノ義務ナシト謂フハ果シテ如何ナル理
由アリテ然ルカ被請求國ハ請求國ヨリモ克ク其犯罪事實ヲ知リ克ク其證據ヲ
檢舉スルノ能力アリトスルカ將タ被請求國ノ刑法ハ請求國ノ刑法ヨリモ克ク
其犯罪ヲ罰スルニ適切ナリト爲スカ抑モ又被請求國ハ外國ニ於テ罪ヲ犯シタ
ル者ヲ保護シテ之ニ對シテ隱避ノ場所ヲ與フルノ特權ヲ有スル者ナリト謂フ
カ若シ其國ヲ信用セサルカ爲メニ自國人民ノ引渡ヲ拒絶スト謂ハハ是レ我輩
ノ満足スル能ハサル所ニシテ是レ其國ニ對シテ半信半疑ノ交際ヲ爲スモノニ

シテ實ニ國際上ノ公義ニ背戾スルコト甚シ若シ外國政府ニ對シテ信用ヲ設ケ
コト能ハストセハ當初ヨリ犯罪人引渡ノ條約ヲ締結セスシテ可ナリ此條約成
立セサル場合ニ於テハ我國ハ請求ノ犯人ヲ引渡スト引渡ササルノ自由權ヲ有
スルカ故ニ我ニ於テ彼國ノ裁判所、彼國ノ法律ヲ信用スルトキハ其請求ニ應シ
テ犯人ヲ引渡スヘク之ニ反シ彼國ノ制度、文物未タ我國ノ信用ヲ買フニ足ラサ
ルトキハ我ハ其請求ヲ拒絕シテ可ナリ此ノ如クニシテ而シテ我國ハ十分我臣
民ノ保護ヲ全ウスルコトヲ得然ルニ今ヤ事茲ニ出ナスシテ彼國政府ト犯人引
渡ノ條約ヲ締結セリ是レ必ズ其國ヲ信任シ其國ニ於テハ適當ノ裁判所アリ又
適當ノ法律アルコトヲ認メタルニ因ラズンハ非ス我國ニ於テ一旦彼國ト條約
ヲ締結シタル結果我ハ彼ニ對シテ我國ニ逃亡セシ外國犯人マデモ之ヲ彼ニ引
渡シテ罰スル所ナキモ亦我國ハ我國ノ裁判其公平ニ出ツルヲ信シタルニ因ラ
ズンハ非ス故ニ苟モ犯罪人引渡條約ヲ締結スル以上ハ内外人ノ區別ナク其引
渡ニ應スルノ原則ヲ採ルヘシト信スルナリ然ラズンハ我刑法ニ於テ外人ノ犯
罪ヲ罰スルノ規定ヲ設クルト雖モ竟ニ無用ノ長物ニ歸センノミ何トナレハ各

國其國ニ於テ其臣民ヲ罰スルノ主義ヲ厲行スルトキハ到底其國ニ屬スル犯人ノ引渡ヲ受クルノ機會ナキニ至レハナリ現今英米二國ニ於テハ其國民ヲ引渡スルノ主義ヲ探レリ千九百年八月白耳義國ニ開キタル萬國監獄協會ニ於テ本問題ヲ議シ大多數ヲ以テ自國人民ト雖モ之カ引渡ヲ爲スノ正當ナルコトヲ決義セリ爾來各國ニ於テ此決議ヲ遵守スルニ至ラハ第二例外ハ消滅ニ歸スヘシ自國人民ヲ以テ引渡法ノ目的ト爲スヘカラストノ主義ハ犯人ノ國籍變更ノ場合ニ於テ非常ノ困難ヲ生スルコトアリ例ヘハ日本婦人罪ヲ犯シ佛國ニ逃走シ而シテ佛國人ト婚姻シテ全ク日本人ノ國籍ヲ喪失セリ此場合ニ於テ日本政府ヨリ其婦人ノ引渡ヲ請求シタルトキハ佛國ハ之ヲ以テ自國人民ナリトシテ日本ノ請求ヲ拒絕スルコトヲ得ルカ此婦人罪ヲ犯スノ當時ニ於テハ未ダ日本ノ國籍ヲ喪失シタルモノニ非サルヲ以テ佛國裁判所ノ管轄權ニ服從スヘキモノニ非ス然レトモ引渡請求ノ今日ニ當リテハ既ニ佛國人タリ佛國政府ハ我日本ノ請求ヲ拒絕スルノ權アルカ又獨逸人罪ヲ犯シテ日本ニ逃避セリ此犯人ハ日本國民ノ國籍ヲ取得シテ而シテ引渡ノ災害ヲ免ルルコトヲ得ルカ本問ヲ決ス

ルニ付キ二箇ノ方法アリ一ハ國籍變更ハ既往ニ遡ルモノナリトシ(日本國籍法ノ原則ニ反ス)其逃避國ノ裁判所ヲシテ其管轄權ヲ有セシムヘシ即チ自國人民カ外國ニ於テ罪ヲ犯シ歸來シタル場合ト同視シ之ヲ自國ニ於テ罰スト爲スニ在リ是レ獨逸刑法ニ於テ探ル所ノ主義ナリ二ハ犯罪以後ニ於ケル國籍ノ變更ハ之ヲ順ミス引渡ノ目的ト爲スコトヲ得ト云フニ在リ是レ許多ノ國ニ於テ條約上規定セル主義ナリトス

第二場合 犯罪ニ關スル條件 凡ソ犯人引渡ノ目的ト爲ル犯罪ハ其性質必ス重大ナルヲ要スルカ故ニ大抵各國締結スル所ノ條約中ニ其犯罪ノ種類ヲ列舉スルヲ以テ通例トス明治十九年十二月中日米間ニ於テ締結シタル條約ヲ見ルニ引渡ノ目的ト爲ルヘキ犯罪凡ソ十四種ヲ列記ス而シテ其犯罪タル悉ク重大ナルモノニ屬ス例ヘハ殺人、強盜等ノ如シ然レトモ實際財產ニ對スルノ犯罪中被害ノ大ナル殆ト之ニ若クモノナキ監守盜又ハ委託金費消罪ヲ除外セシハ我輩其理由ヲ知ルニ苦ム

ル場合ニ於テモ之カ引渡ヲ爲ササルヲ以テ各國共通ノ慣例ニス又軍事犯ニ於
 テモ亦然リ然レトモ軍艦ヨリ脱走セシ水兵ニ付テハ引渡ノ方法ニ由ラス領事
 ヲリ直チニ地方廳ニ照會シ其警察ノ力ヲ藉リテ以テ之ヲ艦内ニ引致スルノ慣
 例ヲ探レリ蓋シ實際上ノ必要已ムヲ得サルモノアレハナリ從來行ハレタル國
 際法ノ慣例ニ依レハ引渡ノ目的タル犯罪人ハ相互ノ刑法ニ於テ共ニ之ヲ罰ス
 ルノ規定アルモノニ限ルトセリ然レトモ凡ソ犯人ノ引渡ヲ要求スル所以ノモ
 ノハ請求國ノ刑法ヲ犯シタルニ因ルモノナレハ必ズ相互ニ處罰スベキ犯罪者
 ルコトヲ要ストノ制限ヲ設クルノ謂レアルヲ知ラズ我輩ハ早晚此慣例ノ廢棄
 ニ至ルベキヲ信シテ疑ハサルナリ

第三段 犯罪人引渡ニ關スル手續

犯罪人引渡ノ手續ハ國ニ依リテ其規定ヲ同シクセズ歐羅巴中ニ於テモ佛國主
 義英國主義、白耳義主義等ハ別アリ、其習慣則チ各々ニ異ナルヲ自國人民
 第一佛國主義、此主義ハ犯罪人引渡ヲ以テ一國主權者ノ大權ニ屬スルモノ

ト爲ス佛國ニ於テ犯罪人引渡ヲ請求ヲ受ケタルキハ行政官ニ於テ直チニ
 之ヲ決行ス其手續外務大臣先ツ其請求ヲ受理シ之ヲ司法大臣ニ回送ス司法
 大臣ハ犯罪人引渡ノ條件ヲ具備セルヤ否ヤヲ調査シ條件具備スルトキハ犯
 罪人ノ所在地ヲ管轄スル檢察長ニ命令シ檢察長ハ檢察正ニ命令シテ之カ逮
 捕ヲ爲サシム逮捕ノ手續ハ通常犯罪ノ手續ト異ナル所ナレ而シテ檢察其犯
 罪人ヲ逮捕スレハ一應訊問シテ其人違ナキヤ否ヤヲ確實ニシ之ヲ調査ニ配
 載シテ意見書ト共ニ之ヲ檢察長ニ送達ス檢察長ハ之ヲ司法大臣ニ送達ス司
 法大臣ハ一切ノ記錄ヲ檢閲シタル後引渡ノ勅令案ヲ具シ之ヲ大統領ニ奏請
 シ其裁可ヲ經テ引渡ヲ執行ス即チ派遣ノ受取人ニ之ヲ引渡スカ若クハ他ノ
 方法ニ依リテ請求國ニ送達スルナリ

第二 白耳義主義 白耳義ニ於テモ犯罪人引渡ヲ以テ大權ヲ執行ニ屬スト爲
 スト雖モ多少折衷スル所アリ是レ千八百七十四年三月十五日ノ法律ニ規定
 スル所ナリ白耳義政府ハ外國政府ヨリ犯罪人引渡ヲ請求ヲ受ケタルトキハ
 一應其請求ヲ審議シタル上之ヲ裁判所ニ交付ス裁判所ハ其犯罪人ニ對シテ

或ハ逮捕狀ヲ發シ或ハ請求國ヨリ送付シタル判決書ヲ執行セシム被告入此逮捕狀又ハ判決書ノ執行ニ因リ逮捕セラレタルトキハ一名又補佐人ト共ニ控訴院ノ重罪取調局ニ出廷ス辯論ヲ公開シ檢察長ノ意見ヲ聽キタル上控訴院ハ其引渡ニ關シテ意見ヲ定メ之ヲ政府ニ報告ス政府ハ控訴院ノ意見ニ從テ引渡ノ許可ヲ決定スルナリ但政府ハ如何ナル場合ニ於テモ控訴院ノ意見ニ拘束セラレルノ義務ナシ

此主義ニ於テハ引渡ノ請求ヲ許可スルノ權利ヲ以テ主權ノ一部ナリト看做シ一之ヲ君主ノ特有ニ歸セシメ君主此權利ヲ行フニ付キ必ス裁判所ノ意見ヲ徵セサルヘカラサルモノトセリ但裁判所ハ政府ノ諮問ニ應ズルヲ以テ決シテ引渡ノ目的タル犯罪人ノ罪責ニ付テ一言スルノ權利ヲ有セズ

第三 英國主義 英國ニ於テハ犯罪人ノ引渡ヲ以テ司法權ニ專屬スルモノトセリ故ニ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタルトキハ始メ外務省ニ於テ之ヲ受理シ而シテ其請求ノ當否ヲ決スルカ爲メニ其請求ニ必要ナル書類ハ悉ク之ヲ司法官ニ引渡シ司法官ハ裁判手續ト始ト同一ノ手續ヲ以テ審査シ以テ引渡ノ

請求ニ應スヘキヤ否ヤヲ判決ス司法官ニ於テ引渡ノ請求ニ應ズヘキモノナリト決定シタルトキハ行政官ニ於テ其引渡ノ執行ニ任スルモノナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ英國ニ於テハ犯罪人引渡ハ全ク司法權ノ左右スルモノナラコト明カナリ米國ニ於テモ亦同一ノ方法ヲ採用スルモノノ如シ

米國ニ於テハ外國政府ヨリ犯罪人引渡ノ請求ヲ受ケタルトキハ其請求ノ目的タル犯人ヲ引渡上ノ被告トシテ訴訟ニ呼出シ檢察ハ犯罪人引渡請求國ノ意見ヲ代表シテ引渡スヘキモノナリト論告シ被告犯人ハ辯護人ヲ選任シテ其引渡ノ目的タルヘキモノニ非サルコトヲ抗辯シ裁判官ハ通常ノ審理方法ニ依リ之カ審問ヲ經テ果シテ引渡スヘキモノナリヤ否ヤヲ判決スルモノトス故ニ英國又ハ米國ニ對シテ犯罪人引渡ヲ請求スルニハ嚴格ナル訴訟手續ヲ要スルコトヲ知ラサルヘカラス

我國引渡條例ニ定ムル所ノ手續ハ殆ト佛國主義ニ同シト雖モ特ニ天皇ノ裁可ヲ經ルコトヲ要セス第十二條ニ曰ク外務大臣引渡請求書ニ捺シ犯罪人引渡條約ノ條款ニ適合シタリト思量スルトキハ該請求書ニ關係書類ヲ添ヘ之ヲ司法

シムル手續ナルガ故ニ此手續ニ依リテ受取リタル犯人ニ對シテハ外國政府ハ引渡スヘキ犯罪ナリト認メタル範圍内ニ非サレハ之ヲ審判スルコトヲ得ス素ト此犯人ハ逃レテ外國ニ在リ日本ノ法律之ニ及ハサルカ故ニ犯罪人引渡法ニ依リ強制ヲ以テ歸來セシメタルモノナリ而シテ其歸來セシムルニ至リシハ二國間ノ條約其他ノ條件ニ適合スルカ故ナリ其條件ニ從ヒテ犯人ノ引渡ヲ受ケタルモノナレハ其範圍内ニ於ケルニ非サレハ犯罪人ヲ審判處分スルノ權利ヲ有セサルコト當然ナリ其法則ニアリ

第一法則 犯罪人ノ引渡ハ兩國間ノ契約ニテ之ヲ實行シタルトキハ其契約ニ揭ケタル條款ハ單ニ當事國即チ犯罪人引渡ノ條約ヲ締結シタル兩國政府ニ於テ之ヲ遵奉スルノ義務アルノミナラス此犯罪人ヲ審判スルノ權アル管轄裁判所ニ於テモ亦之ヲ遵奉セサルヘカラス是ニ於テカ管轄裁判所ハ引渡契約ニ定メタル條件ニ從フニ非サレハ引渡犯罪人ヲ審判スルノ權利ヲ有セス

第二法則 引渡サレタル犯罪人ハ引渡請求ノ目的ト爲リタル犯罪事項ニ關スルニ非サレハ對審裁判ニテ審問ヲ受クルコトナク又刑罰ヲ受クルコトナシ

但兩國間ニ成立シタル引渡契約ノ條件中別ニ他ノ犯罪事項ニ關スル審問處審判ヲ許シタルトキハ此限ニ在ラス元來引渡契約ノ制限ノ解釋ハ現時各邦ノ否認セサル所ニシテ特ニ克ク之ヲ遵奉スルモノナリ一定ノ犯罪ニ付キ一國ノ政府ヨリ犯罪人引渡ノ請求ヲ爲シ被請求國ニ於テ其請求ニ應シタルトキハ是レ請求國ハ暗黙ニ引渡請求ノ目的タル犯罪事項ニ關スルニ非サレハ此犯罪人ニ對シテ審問處罰ヲ爲スコトナキヲ誓約シタルモノナリ故ニ若シ請求事項以外ノ犯罪ヲ以テ公訴ノ目的ト爲スコトアラハ犯罪人ハ此公訴ニ對シテ異議ノ申立ヲ爲スコトヲ得裁判所モ亦政府ニ於テ更ニ引渡契約ノ條款ヲ變更スルノ手續ヲ盡スマテ其公訴ノ不受理ヲ宣告セサルヘカラス此場合ニ於テ引渡サレタル犯罪人ハ引渡請求ノ事項以外ニ係ル犯罪ニ付テハ請求國ニ現在セサルニ對シテ看做サルナリ

以上ニ簡法則ヲ適用ヲ論ズルニ付キ三箇ノ場合ヲ區別スルコトヲ要ス

第一場合 引渡ノ目的タル犯罪人ハ外國ニ於テ逮捕セラレタル後引渡手續ノ進行法ナルニ拘ハラス管轄裁判所ニ引渡サルルヲ承諾ヲ爲スコトヲ得

此場合ニ於テ犯罪人ハ引渡手續區違法ヲ對シテ不服ヲ主張スルノ權利ヲ擁護セタルモノナルカ故ニ全ク自主自由ヲ發意シテ其身ヲ管轄裁判ニ委タルモノナラフト看做スナリ元來犯人任意ヲ引渡ハ引渡條款ノ結果ニ出タルモノニ非タルヲ以テ其引渡契約ニ明示シタル總テノ條件ハ之ヲ遵守スルノ必要ナシ假令被請求國ヨリ引渡條件ノ違背ヲ責ムルモノトアルモ請求國ニ之ニ答辯スルノ義務アルナシ請求國ノ裁判所ニ於テハ此犯人ヲ目名テ其自由ヲ發意シテ請求國ニ復歸セシモノト看做スカ故ニ犯人ハ如何ナル場合ニ於テモ引渡契約ヲ定タル條件ノ不服行ニ對シテ異議ヲ主張スルノ權ヲ有スルモノニ非スニ據ルニ據ケタル犯罪ト他ノ犯罪トヲ區別セズ其一身ニ關スル總テノ犯罪事件ニ付テ對審裁判ヲ受ケシコトヲ承諾スルモノト得テ其體裁ニ據テ之ヲ執行スル此場合ニ於テモ被告人ハ承諾ハ引渡條款ノ制限條件ヲ消滅セシムルノ效力ヲ有ス蓋シ引渡條款ニ掲ケタル犯罪事項ニ付テハ犯人ハ尚ホ請求國ノ領土外ニ在ルモノト看做スノ假想ハ犯人ハ自由任意ヲ承諾ニテ引渡條款以外ニ係屬犯

罪事項ノ對審裁判ヲ受タルモノトヲ甘諾スルニ因リテ消滅スルケレバナリ蓋シ若シ引渡サレタル犯人ハ引渡條款ニ留保スル犯罪事項ニ付テハ對審裁判ヲ受タルモノト承諾セサルトキハ引渡條款ノ制限ノ解釋ハ一種ノ原則ト爲リ裁判所ニ於テモ之ニ違背スルコトヲ得ス其ニ對シテハ引渡手續區違法ニ據テ之ヲ違背スルモノト看做スルニ據ルニ據ケタル犯罪ト同時ニ之ヲ審理判決スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ外國政府我追求ヲ容レタルトキハ其犯罪ニ付テハ唯關席判決ヲ爲スコトヲ得ルモノ以上之ヲ概言スレハ引渡サレタル犯人ハ引渡條款ニ明記シタル犯罪事項ニ關スルニ非サレハ對審判決ヲ受タルハ職務ナシ之ヲ換言スレハ請求國ノ裁判所ハ一旦犯人ノ引渡ヲ受ケタル後犯人ハ現在ニ乘シテ被請求國ノ豫想セタル事項ニ付キ犯人ヲ罰スルコトヲ得ス蓋シ犯人ハ請求國ニ復歸シタルハ請求國ト被請求國ノ契約ニ原因スルモノナリ故ニ請求國ハ常ニ契約明文ヲ遵守スルハ義務アルナリ然ルニ引渡契約ニ明記スル犯罪ノ名稱即チ罪質ハ豫審又ハ公判ノ

結果ニ因リテ屢々變更スルコトアリ此場合ニ於テ請求國ノ裁判所ハ犯罪ノ事實其モノヲ受理シタリト爲スカ將タ契約上明示シタル名稱ノ犯罪ニ非アレハ之ヲ受理シタリト爲スコトヲ得ナルカ例ハ犯人ハ殺人罪ナリトシテ引渡ナレタルモ豫審又ハ公判ノ審理ニ於テ犯人ハ殺人罪ニ非スシテ毆打致死罪ナルコトヲ發見セリ又或ハ犯人ハ既遂罪アリトシテ引渡ナレタルモ審理中未遂犯ナルコトヲ發見セリ凡ソ此ノ如キ場合ニ於テ判事ハ固ヨリ引渡契約ノ罪名ニ拘束セラレルモノニ非スト雖モ此犯人ニ對シテ對審裁判ヲ爲スノ權利ヲ有スルカ即チ裁判所ノ觀セントスル所ノモノハ引渡契約ノ言ハサル所ナリトテ理由ニ基キ缺席裁判ニ非アレハ之ヲ觀スルノ權利ナキカ元來引渡行為ノ目的ハ犯罪ノ事實其モノヲ撲滅ヲ容易ナラシメント欲スルニ外ナラサルモノナレハ公訴ノ事實其モノハ即チ引渡ノ事實其モノト違モ異ナル所ナキニ於テハ後日其實質ノ性質即チ刑法上ノ罪名ニ付キ變更スル所アルモ未タ以テ卒ニ引渡契約ニ定ムル所ノ條款ヲ破リタルモノナリト謂フコトヲ得タルハ抑モ被請求國ニ於テハ其初メ引渡ノ請求ヲ受ケルニ當リ引渡請求ニ關スル一切ノ記錄

ヲ掌握シ容易ニ犯罪事實ノ審查ヲ遂クルコトヲ得ルカ故ニ若シ引渡請求書ニ記載スル所ノ罪名其犯罪事實ニ適合セサルカ又ハ錯誤アリト思料セハ被請求國ハ斷然其請求ヲ拒絕シテ可ナリ事茲ニ出テスシテ請求國ノ請求ニ應シタル所以ヲ以テ之ヲ觀レハ蓋シ被請求國ハ請求國ニ對シテ其適當ナリト信スル所ノ罪名ニ從ヒ自由ニ本案事實ノ審理ヲ爲スノ全權ヲ以テシタルモノナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ豫審ニ於テモ公判ニ於テモ引渡條款以外ノ犯罪事項ナルカ又ハ引渡條款ニ附加シタル事項ニ非ナル以上ハ自由ニ罪質又ハ罪名ノ變更ヲ爲スノ權利ヲ有スヘシ然ラハ則チ犯人ノ引渡ハ其請求國ニ對シテ引渡ノ目的タル事項ニ付キ絕對的ノ管轄權ヲ與ヘタルモノナリト謂フテ可ナリ

第二卷 犯罪ノ責任

前卷屢々講述シタルカ如ク犯罪ハ刑法ノ禁制命令ニ違背シタル所爲ヲ謂フ而シテ違犯ノ所爲ハ多シト雖モ之カ責任ヲ論スルニ付テハ其所爲ハ必ス自由ナル精神ノ命令即チ自由ナル意思ヨリ出ツルコトヲ要ス蓋シ自由ナキ意思ヨリ出

ヲタル所爲ニ未タ以テ何等ノ責任ヲ生セシムルニ足ラス隨テ犯罪ヲ形アリテ
犯罪ノ實ナキニ歸ス今夫レ自由ナル意思ヲ有スル者ヲ求ムルトキハ有形人類
ヲ措テ而シテ他ニ其者アルヲ知ラザルナリ故ニ有形人ノ行爲ニシテ刑法ノ規
則ニ違犯スルモノアルトキハ常ニ犯罪ヲ構成スルモノトス然レトモ其責任ニ
至リテハ各人ニ於テ同シカラス或ハ責任ナキ者アリ或ハ責任アル者アリ或ハ
重キ責任スル者アリ或ハ輕キ責任スル者アリ

第一章 責任ノ原理

凡ソ何人ト雖モ自ラ行ヒタル行爲ニ非サレハ其責任スベキモノニ非ス之ヲ
行ヒタル者其行爲ノ主働者ナルトキ即チ其人ハ其行爲ニ付キ責任ヲ負フ者ナ
リ故ニ宇宙間ノ萬物ニシテ他力ノ強制ニ因リテ運動ヲ爲ス者ハ如何ナル行爲
ヲ爲スト雖モ其行爲ノ主働者タル資格ヲ有スル者ニ非サルナリ彼ノ屋上ノ瓦
石飛テ行路人ヲ負傷セシム瓦石ハ果シテ負傷ノ主働者ナルカ曰ク然ラズ瓦石
ノ飛テハ風之ヲ動セハナリ然ラハ則チ風ハ其主働者ナルカ曰ク然ラズ風ハ熱

氣及ヒ電氣ノ作用ヨリ起ル然ラハ則チ熱氣電氣ハ其主働者ナルカ曰ク然ラズ
熱氣電氣ハ太陽又ハ南北兩極ヨリ生ス此ノ如ク漸漸起リテ其原因ヲ探究スル
トキハ則チ負傷ノ主働者ハ無量無限ノ大方ヲ有スル造物者ニ歸シテ而シテ其
他ノ運動者ハ悉ク造物者ノ爲メニ強制セラレタルモノニ外ナラズハ負傷ノ
行爲ニ付キ毫モ其責任ヲ負フ者ニ非サルナリ是ニ於テカ自由ナル意思ヲ以テ
運動シタル者ニ非サレハ其爲シタル行爲ノ主働者タルコト能ハサルコトヲ知
ル然レトモ其行爲ノ主働者ハ何故ニ其責任スルカ刑法學上此原理ヲ研究ス
ルコト最モ肝要ニシテ而シテ之ヲ説明スルコト實ニ至難ナリ

抑モ人ノ一身ハ精神ト肉體トヲ以テ之ヲ組織ス而シテ其二者ノ管掌スル主ナ
ル役目ヲ分顯スレハ精神ハ命令者ニシテ肉體ハ其執行機關ナリ然レトモ命令
者及ヒ執行機關ハ各別ニ獨立シテ存在セス二者一體ナルカ故ニ肉體ヲ爲メニ
精神ヲ養成シ精神ノ爲メニ肉體ヲ發達セシム或ハ衰弱ナラシム等ノ關係頗
ル密接ニシテ須臾モ相離ルヘカラス又之ヲ分離シ各別ニ存在セシムルコト能
ハサルナリ今假ニ人ノ精神ト肉體トヲ分離シテ之ヲ論スレハ精神ハ命令者ニ

シテ肉體各種ノ運動ヲ命令シ肉體ハ精神ノ命令ヲ受ケテ之ヲ執行ノ任ニ當ル
凡シ人類百般ノ行爲悉ク精神ノ命令ニ出テサルモノナシ精神ノ命令ニ出テサ
ル行爲ハ縱令我肉體ヨリ出タル行爲ナリト雖モ我一身ニ歸スヘキ責任ヲ生
スルコトナシ例ヘハ今講義中大地震起リテ我身體ヲ轉倒シ諸君ノ身體ニ觸レ
タ爲メニ大ニ諸君ヲ傷ツクルコトアルモ此行爲ハ我精神ノ命令スルニ非ス地震
ノ作用我身體ヲ動搖セシメ而シテ我身體ハ此動搖ノ爲メ諸君ノ身體ニ觸レタ
之ヲ傷ツクルニ至リタルナリ然ラハ則チ諸君ノ負傷ハ我身體ニ因リテ成リタ
リト雖モ其原動者ハ地震ニ在ルヲ以テ我ハ諸君ニ對シテ何等ノ責任スル者
ニ非サルナリ

上來論スルカ如ク犯罪ノ責任ハ精神ノ命令ニ因ル行爲ニ非サレハ發生セスト
スレハ精神ト責任ノ關係スル所甚タ輕カラス是ニ於テカ責任ノ原理ヲ解スル
ニハ必ス精神ノ組織ヲ解セタルヘカラス抑モ精神トハ如何ナル物ヲ謂フカ精
神ハ靈妙不思議ナルモノニシテ能ク事ヲ考ヘ能ク物ヲ解ス人ノ首腦ニ位シテ
其一身全體ヲ支配ス故ニ身體ノ一舉一動ハ悉ク精神ノ命令ニ出テサルナク其

命令ニ出テサル活動ハ猶ホ落葉ノ秋風ニ飄弄セラルルカ如ク之ヲ以テ人生ノ
活動ナリト謂フヘキモノニ非ス今精神上ノ研究ヲ爲スニハ哲學心理學又ハ醫
學ノ力ヲ藉ラサルヘカラス

命令ニ出テサル活動ハ精神ノ組織ニ依リテ發生スルモノナリ

醫學上精神狀態ヲ區別シテ三ト爲ス

(一) 威觸 威觸トハ我身體ヲ圍繞スル外物ノ刺激ニ因リ間斷ナク我精神ハ
受ケル好惡ノ感覺ヲ謂フ即チ感覺方面ヲ司ル精神ナリ

(二) 觀念 觀念トハ我精神ニ受ケル好惡ノ感覺ヲ集合シ之ヲ配列聯結シテ
自他ノ區別ヲ明カニスル自家意識ヲ謂フ即チ考ノ製造ニ任スル精神ヲ謂フ

(三) 意思 意思トハ人ノ欲向ニシテ一定ノ目的ニ向ヒ其欲スル結果ト其途
ヲケンテスル方法トヲ明カニシ因テ以テ將ニ事實ト爲サントスルノ勢ニ迫マ
ルヲタルモノヲ謂フ即チ運動方面ノ命令ヲ司ル精神ナリ或ハ之ヲ名ケテ決心
トモ謂フ

精神内容ノ分解夫レ此ノ如ク好惡ノ感覺ヲ起スモ我精神ナリ考ヲ製造スルモ
我精神ナリ

欲向ヲ定メテ之ヲ達ケンテスルノ畫策ヲ案出スルモ亦我精神

ナリ故ニ我精神ハ常ニ自由ニ働ク爲シ何等ノ拘束ヲ受タルモノニ非ズ而シテ
我肉體ハ此精神ニ從屬シ唯意思ノ命令ヲ奉シテ運動スルノ任務ヲ有スルモノ
ニシテ他ヲ牽制ヲ受クルコトヲ知ルモノニ非ス今ヤ自由意思ノ命令ニ因リ自
由ニ運動ノ結果ヲ生スルモノ其結果ハ我一身ヨリ出タル所ノモノナレバ
我ニ於テ其實ニ任スヘキハ當然ナリ之ヲ以テ他人ニ歸セントスルモ他人固
リ與リ知ルノ理ナシ猶ホ我食スル所ノ食物ハ我腹ヲ肥スベシ他人ノ腹ヲ肥
セカササルカ如シ我一身ト之ヨリ出タル結果トハ途ニ分離スヘカササル
係ヲ有シ其關係ヲ有スル所ハ則チ責任ヲ生スル所ナリ刑法ニ於テ犯罪ノ責
以テ其人ノ一身ニ止マルモノト爲シ又犯意アリテ行ヒタル罪ニ非サレハ之ヲ
罰セストノ原則ヲ掲タルニ至リタルヲ越旨亦此理ニ外ガラザルナリ此理ハ則
チ責任ノ原理ニシテ實ニ萬古不易ナリ然レトモ法律ハ屢例外ノ規則ヲ設ケテ
原理ヲ破ルコトアリ或ハ意思ノ命令ニ出テタル行爲ト雖モ法律ノ規定ヲ以テ
特ニ其實ヲ問ハサルコトアリ權利ノ執行即チ是ナリ或ハ意思ノ命令ニ出テザ
ル行爲ヲ以テ特ニ其人ノ責ニ歸セザルルコトアリ過失罪ノ場合即チ是ナリ

第二章 無責任

無責任ノ場合ヲ區別シテ二ト爲ス(一)犯罪ノ無能力(二)權利ノ執行即チ是ナリ犯
罪無能力トハ犯罪ノ事實ヲ行フト雖モ之ヲ行ヒタル者ノ身上ニ於テ其實ニ任
セサル原因ヲ有スル場合ヲ謂ヒ權利ノ執行トハ犯罪ノ事實ハ則チ權利ノ執行
ニ屬スル場合ヲ謂フ其區別ハ實ニハ當然ノ理ニ在リテ法律ニ由ラズ

第一節 犯罪無能力

意思ト肉體ノ一致ハ人ノ責任ノ由リヲ生スル原因ナリ若シ二者其一ヲ缺クト
キハ如何ナル行爲ヲ爲スト雖モ人ハ其實ニ任スヘキモノニ非サルナリ意思ノ
命令ハ嚴正ナルモ肉體之ヲ奉ズルコト能ハサルトキハ何等ノ責任ヲ生スヘキ
モノニ非ス肉體ノ行動鮮明ナルモ意思ノ命令ニ出ラザルモノハ責任ノ原因ト
爲ルベキモノニ非ズ故ニ犯罪ノ責任ハ實ニ當リタハ其犯罪ハ必ズ意思ハ命
令ニ因リテ構成セザレバ成立セナラサルニ由ラズ總令犯罪ノ事實ハ我肉體ノ

爲ス所ナルモ或ハ意思ノ缺亡スルコトアリ或ハ外部ノ強制アリ之ヲ然ラセタルトキハ則チ是レ我爲シタル犯罪ナリト謂フヘキモノニ非ズ刑法ニ於テモ亦明カニ此原理ヲ認メ自由ナキ肉體ヨリ出テタル犯罪ハ其人ノ犯罪無非ト爲シ又意思ナキニ出テタル犯罪モ亦其人ノ責ニ歸スヘカラスト爲スルヘキモノニ非ズ

第二項 身體ノ自由ヲ失ヒタル場合

刑法第七十五條ニ曰ク抗拒ス可カラサル強制ニ遇ヒ其意ニ非サルノ所爲ハ其罪ヲ論セスト凡ソ身體ノ自由ノ喪失ニハ必ズ外部ノ強制ノ事實ヲ想像セサルヘカラス外部ノ力我身體ヲ拘束スルニ當リ我力之ニ抗敵スルコト能ハサルトキハ我身體ハ外部ノ力ニ屈服シ精神ノ命令アルモ遂ニ之ヲ奉スルコト能ハサルナリ精神ノ命令ニ出ツルニ非ズ外部ノ力ニ強制セラレテ爲シタル犯罪ハ我犯罪ニ非サルコト明カナレハ我ニ於テ其犯罪ノ責任スルノ理ナキヤ論ヲ填タサル所ナリ此ノ如キ場合ハ刑法ノ規定ヲ待タサルモ誰カ我犯罪ナリトシテ我責ヲ問フ者アラシヤ我所爲ニ對シテ我其責ニ任スヘキモノノ所爲ニ對シテ

ハ人其責ニ任センノミヨリ其責任ニ歸スルハ其ノ罪ノ責任ニ屬スルモノニ非ズ強制トハ自然力又ハ人爲力ニ因リテ以テ人ノ自由ヲ奪フコトヲ謂フ強制ニ二種アリ直接ノ強制及ヒ間接ノ強制即チ是ナリ

第一 直接ノ強制 直接ノ強制トハ人爲又ハ自然力ヲ以テ直接ニ人ノ身體ニ加ヘ因テ以テ其自由ヲ奪フ場合ヲ謂フ例ヘハ監視者海路甲地ヨリ乙地ニ到ルノ許可ヲ得タリ航行ノ途中偶ニ暴風ニ遭ヒ丙地ニ漂着セリ若シ監視者故意ヲ以テ丙地ニ到ルアラハ是レ明カニ監視規則ニ違反スルモノナリ然レトモ監視者ハ暴風即チ自然力ノ強制ニ因リテ已ムコトヲ得ス丙地ニ漂着シタルモノナレバ監視規則違反ノ事實アリト雖モ決シテ刑法上ノ責任ニ任スヘキモノニ非ズルナリ又例ヘハ旅人路ニ強盜ニ逢ヒ其衣服金錢ヲ強奪セラレテ爲スニ裸體ト爲レリ公然ノ裸體ハ違警罪ノ罰スル所ナリト雖モ裸體者ハ強盜即チ人爲ノ強制ニ因リテ已ムコトヲ得ズ裸體ト爲リタルモノナレバ是レ亦刑法上ノ責任ニ任スヘキモノニ非サルナリ凡ソ此等ノ場合ニ於テハ犯人ハ法律ヲ禁スル所ノ罪ヲ犯シ又ハ法律ノ命令スル所ノモノヲ爲サスト雖モ其自由任意ヲ犯意ニ出テ

タルニ非スシテ余タ自然力又ハ人爲ヲ強制ニ因テ抗拒爲シテ力ヲ出サタルモノナルヲ以テ毫モ罪過ノ責ムヘキモノナシ地震ノ爲メ倒倒シテ人ヲ壓死セシメタル場合ノ如キ強方者ノ爲メニ捕ヘラレテ群衆中ニ投セラレ因テ人ヲ殺傷シタル場合ノ如キモ亦同一ナリ

第二 間接ノ強制 間接ノ強制トハ人爲又ハ自然ノ危害ヲ以テ我又ハ我近親ニ加ヘシトシテ因テ以テ我身體ノ自由ヲ奪ハ場合ヲ謂フ直接ノ強制ハ之ヲ受クル人ノ身體ノ自由ヲ奪ヒ因テ以テ法律ノ禁スル所ノモノヲ行ハシメ又其命スル所ノモノヲ行フヘカラシム之ニ反シ間接ノ強制ハ直接ニ人ノ身體ノ自由ヲ奪フモノニ非ス唯其人ヲシテ自由ノ行動ヲ爲スコト能ハサラシムルモノナリ是ニ於テカ論者ハ間接ノ強制ヲ以テ抗拒スヘカラサルノ性質ヲ有スルモノニ非スト爲シ隨テ無責任ノ原因ト爲スニ足ラスト爲スアリ請フ引例ニ依リテ本問ノ困難ヲ解説セン

例一ハ公證人ヲ殺害セント脅迫シテ偽造ノ公正證書ヲ作製セシメタル者アリ此場合ニ於テ公證人ハ毫モ其身體上ニ強制ヲ受ケタルモノニ非ス唯危害ノ恐

怖大ニ我身體ノ自由ヲ妨害シタル九条第一項ニ當テ罪ヲ科ス

此事實ニ於テ公證人ハ果シテ刑法上ノ責任ヲ免レサルカ論者曰ク危害ノ恐怖ハ以テ公正證書偽造ノ決意ヲ爲サシメタルノ原因ト爲ルニ足ルヘント雖モ未タ身體ノ自由ヲ失ヒタルモノト爲スニ足ラヌ元來公證人カ偽造證書ヲ作製シタルハ脅迫人ノ請求ニ應ジテ之ヲ作製スルノ決意ヲ爲シタルニ由ルモノナレハ其犯罪行為ヲ固ヨリ公證人ノ故意ニ出テタルモノナリト謂ハサルヘカラス縱令恐怖ノ結果一時身體ノ自由ヲ失フコトアリトスルモ未タ以テ絕對的ニ之ヲ失ヒタルモノナリト謂フコトヲ得ス犯人ハ實ニ行フヘキ犯罪ト受テヘキ危害ノ間ニ處シテ極メテ制限セラレタル權ヲ有スルニ過キス即チ犯罪ヲ行ハサランカ危害ヲ受ケテ死セサルヘカラス危害ヲ避ケシカ甘シテ罪ヲ犯ササルコトヲ得ス犯人ハ實ニ進退維谷ナル場合ニ在リト謂フヘシ然レトモ凡ソ如何ナル場合ニ於テモ強制ハ人ニ法律ノ禁シタル行為ヲ爲スノ權利ヲ與アルモノニ非サルナリト若シ夫レ道德上ヨリ觀察スルトキハ論者ノ說亦一理ナキニ非スト雖モ刑法上ヨリ觀察スルトキハ未タ卒ニ服従スヘカラサルモノアリ

蓋シ本問ハ恐怖ハ人ノ本心ヲ喪失セシムルニ足ルベキモノナルヤ否ヤト云フニ在ラスシテ罪ヲ犯スカ死ヲ執ルカノ兩道ニ踴躍シテ行ヒタル犯罪ハ以テ刑罰ヲ科スルノ條件ト爲スニ足ルヤ否ヤト云フニ在リ予輩ハ本問ニ答ヘテ言ハントス間接ノ強制ニ因リ刑法上禁スル所ノ行爲ヲ爲シタル者ハ尙ホ多少ノ自由意思ヲ有スト雖モ恐怖ニ驅ラレテ此犯罪ヲ行ヒタル者ナレハ未タ自由ノ身體ヲ以テ之ヲ行ヒタル者ト同日ニシテ論スヘカラサルモノアリ獨逸刑法ニ於テハ明カニ此場合ヲ規定セリ曰ク犯人抗拒スヘカラサルノ強制又ハ自己若クハ親族ノ身體ニ對シテ現在ノ危害ヲ加ヘントノ脅迫ニ出テタルハ所爲ハ之ヲ罰セスト我刑法ノ精神モ亦此意ニ外ナラス

本條ニハ第二項ノ規定アリ然レトモ第二項ハ刑法編纂ノ際誤テ本條ニ合併シタルモノニシテ固ヨリ獨立ノ規則ナリ本條第一項ト何等ノ關係ヲ有スルモノニ非ス後段權利ノ執行ヲ説クニ當リ大ニ論スル所アリ

間接ノ強制ニ二種アリ外部ヨリ來ル所ノモノ及ヒ内部ヨリ發スル所ノモノ即チ是ナリ外部ヨリ來ル所ノ強制ハ上來既ニ論スル所ニシテ常ニ犯罪ノ責任ヲ

全滅セシムルノ效力ヲ有スト雖モ内部ヨリ發スル強制即チ犯人ノ一身體内ニ發スル苦痛ノ強制ハ以テ犯人ノ責任ヲ免スルノ原因ト爲スニ足ルカ例ヘハ餓餓ニ迫リテ食物ヲ得ルニ非サレハ將ニ死セントスル者アリ又近來ニ侵サレテ衣服ヲ仰クニ非サレハ將ニ其命ヲ危クセントスル者アリ凡ソ此等ノ場合ニ於テ食物又ハ衣服ヲ竊取シタルトモハ犯人ニ對シテ刑法ノ責任ヲ免スヘキカ本問ニ付テハ相反對スル極端ノ議論ニアリ

第一 極度ノ必要ニ迫マラレテ爲シタル竊盜ハ單ニ之ヲ宥恕スルニ止マラス將ニ以テ正當ノ行爲ト看做スヘシト雖モ刑法上ノ宥恕ヲ與フヘカラズ

第二 本問ノ場合ニ於ケル竊盜ニ對シテハ法律上ノ宥恕ヲ與フヘカラズ

第三 又以テ酌量減輕ノ理由ト爲ルニ足ルヘシト雖モ酌量減輕ノ理由ト爲スニ足ルヘシト雖モ第二說ハ稍セ正鵠ヲ得ルト雖モ其常ニ酌量減輕ノ理由ト爲スニ足ルヘシト云フニ至リテハ大ニ之ヲ攻擊セサルヲ得ス凡ソ人ノ罪ヲ犯スニ至ル所以ノモノハ物慾ノ念ヲ抑制スルノ克己ノ勇氣乏シキニ原因セズハ非ス偶發性ノ犯人ハ一時此勇氣ヲ振ハサルニ過キタルモ慣行性ノ犯人ハ常ニ此勇氣ヲ振ハサル

其辨濟方法ニ付テハ、年又ハ之、短キ時期ニ於テ、分割辨濟スルモノモ、定メタルモノニテ該條ノ規定ヲ適用スヘキモノニテアルヲ實ニ原判決ニ說示セシ如クナルヲ以テ云云ト(大審院明治三十五年十二月十一日第一民事部判決意)
○講談會 本月十八日本校第一講堂ニ於テ講談會ヲ開キタリ當日ノ講演左ノ如シ
大日本 法學博士 寺尾亨 講演
十次講 國法學ト財政學トノ關係 法學博士 岡田朝太郎 講演
今右論旨ノ大要ヲ記サンキモ、尾博士ハ先ツ大日本ノ大字ノ意義ヲ論シ大清國大韓國大不列顛國等ノ大ノ字ヲ引キテ國土ノ大ナルニ據リテ大字ヲ冠スルモノトセシメ未タ大露國タル語ヲ聞カス自ラ尊大ナルノ意アルガ是レ固ヨリ博識ニ足ラズ然ラハ真正ニ大字ヲ國名ニ冠セント欲セバ宜シク世界ニ向ヒテ勢力ヲ有セサルヘカラス然ルニ今日ノ日本ハ世界ニ向ヒ幾何ノ勢力アルカ日本ノ文明ハ果シテ歐米諸國ニ比肩スルニ足ルカ日本ハ二十七八年ノ戰役及ヒ北

清事變以來世界ノ知ル所ト爲リ一等國ニ列スルニ至レリト雖モ其實力ニ於テ果シテ大ヲ冠スルニ足ルモノアルカ日本人ハ恰爾且進歩的ノ人種タルコト疑ナキモ彼ノ英國人ノ如ク勇敢忍耐ノ氣象ナク海外ニ行キテ以テ事業ヲ畫策セシトスル者ノ如キ實ニ稀有ニシテ海外ニ出稼スル者ハ多數ニ衣食ニ窮スル者又ハ社會ニ歸セラレタル者等ニ過キス此ノ如クシテ日本ハ何レノ日ハ世界ニ雄飛スルノ期アラナキト斷シ外國ノ事情ヲ引キテ大ニ青年者ヲ鼓舞スル所アリキ同學士ハ國法學ト財政學トノ關係ヲ第一對外關係第二對內關係第三結論ニ別テ第一ヲ一般ノ學科ニ對スル關係ニ國家學ニ對スル關係第二ヲ動的觀察ニ靜的觀察ニ區別シ動的觀察ニ於テハ財政ハ國法ヲ支配スト斷定シ靜的觀察ヲハ實質上ノ關係ニ形式上ノ關係ニ別テ實質上ノ關係ニ於テハ法ヲ據布スル所必ス之ニ伴フ經費アリトノ格言ヲ以テ之ヲ蔽ヒ形式上ノ關係ニ於テハ(憲法上ノ關係)行政法上ノ關係ノニ別テ更ニ細別シテ論究シ結論トシテ(動的ニ在リテ)國法學ハ財政學ノ知識ヲ前提トシ靜的ニ在リテハ財政學ハ國法學ノ知識ヲ前提トス蓋シ國法學ハ國家ノ體ヲ論シ財政學ハ其用ヲ論スル

三

法學志林

每月一週十五日發行
校友、生徒、校外生三課
一冊特價銀共金九錢
十冊前金銀共金八錢

第三十九號

(一月十五日發行)

○最近判例批評其五

志林

法學博士 梅 謙次郎
法學博士 岡松參太郎
○法律行為ノ原因
○外國人ノ意義ニ就テ

○條約ノ國際關係ノ理由

法學博士 山田 三良
法學博士 中村 進午

○條約條文與ト民法第七百六十二條第一項ノ適用

法學博士 掛下重次郎

○不充分子意思能力ヲ有スル者ノ自體ノ保險者ノ保險金拂還義務

法學士 栗津 清亮

○公有水面使用ノ性質

法學士 岡 實

○法人及ト未成年者ノ意思表示ニ付テ法律代理人ヲ爲ス能力法ノ效力

法學士 鈴木英太郎

○約束手形ノ裏書ニ擔當支拂人ノ記載

法學博士 富谷銈太郎

談話 ○經歷談
其他 判例、雜報、記事 數十件

發行所 和佛法律學校

(明治三十五年十二月九日內務省許可)

(明治三十五年十一月四日第三種郵便物認可 毎月十九日四日五日六日八日十日十一日十三日十五日十六日十八日十九日廿一日廿三日廿五日廿六日廿八日廿九日皆日發行)

明治三十六年二月六日印刷

明治三十六年二月七日發行

(定價金 參拾錢)

編輯者 東京市牛込區牛込北町十番地
萩 原 敬 之

印刷者 東京市牛込區矢來町三番地
小 宮 山 信 好

印刷所 東京市芝區西ノ久保明倉町十一番地
金 子 活 版 所

發行所 東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
司法省 指定
和佛法律學校

(電話番町百七十四番)